

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

MARCELO LASPERG DE ANDRADE

ASPECTOS JURÍDICO - FILOSÓFICOS
DA TEORIA DOS SISTEMAS

FLORIANÓPOLIS

2007

MARCELO LASPERG DE ANDRADE

ASPECTOS JURÍDICO - FILOSÓFICOS
DA TEORIA DOS SISTEMAS

Dissertação submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para obtenção
do título de Mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor Paulo Roney
de Ávila Fagúndez

FLORIANÓPOLIS

2007

MARCELO LASPERG DE ANDRADE

ASPECTOS JURÍDICOS - FILOSÓFICOS
DA TEORIA DOS SISTEMAS

Esta dissertação ou monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina na área de Filosofia do Direito.

Banca examinadora:

Presidente: Professor Doutor Paulo Roney de Ávila Fagúndez

Membro: Professor Doutor José Rubens Morato Leite

Membro: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Coordenador do Curso: Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer

Florianópolis, 21 de agosto de 2007.

Para Silene, pilar de minha família, por sua paciência infinita,
Ao Johann e Henrique, meus filhos,
Ao Professor Paulo Roney, pelo grande ser humano e professor que é,
Ao André, o grande amigo nas horas difíceis.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 6 |
| 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DOS SISTEMAS E A SOCIEDADE COMPLEXA | 8 |
| 2.1 CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DO SISTEMA SOCIAL..... | 22 |
| 3 MORFOLOGIA DO SUBSISTEMA JURÍDICO..... | 29 |
| 4 DELINEAMENTOS FILOSÓFICOS E SEUS ACOPLAMENTOS | 54 |
| 5 CONCLUSÃO | 85 |
| REFERÊNCIAS | 91 |

1 INTRODUÇÃO

A Teoria dos Sistemas de Luhmann trouxe uma nova dimensão ao estudo do impacto do Direito nas relações sociais.

Por possuir uma abordagem diferenciada, há a possibilidade de situar o sistema jurídico no contexto de um sistema social concatenado, de forma fechada e com função altamente definida em relação ao contexto, com o objetivo de reduzir a complexidade que o sistema social trouxe, por meio de Luhmann, uma revolucionária leitura dos mecanismos sociais.

No entanto, cumpre destacar que essa leitura é direcionada ao contexto dos países desenvolvidos onde Luhmann desenvolveu seus estudos e de onde é oriundo. Apesar dessa conclusão, alguns estudiosos trouxeram o trabalho do pensador alemão para a América Latina, buscando implantar o modelo nos sistemas jurídicos locais.

O presente trabalho delimita-se em analisar a teoria dos sistemas através de uma perspectiva crítica, buscando determinar se é plausível a aplicação do pensamento sistêmico em nossa sociedade e mais especificamente, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com toda a sua complexidade, com a crescente pressão sobre o ordenamento para implantar modelos que possam solucionar alguns problemas sociais tidos como urgentes, ligados à violência, as desigualdades sociais, etc.

A resposta a essa pressão se resume na edição de vasta legislação que, em muitos aspectos, traz uma solução “processual” para problemas que carecem análise e tratamento muito mais cuidadosos por parte da sociedade, principalmente no campo de suas causas.

Nesse aspecto, denota-se que tais soluções correspondem muito mais a aspectos econômicos, pois buscam trazer uma resposta ao investidor temeroso com a insegurança jurídica, dado que pode advir um tratamento socializante das questões ligadas ao Direito.

O presente trabalho busca definir alguns aspectos relevantes do pensamento Luhmaniano em contraponto com pensadores clássicos e, também, aborda relevantes perspectivas em relação à tentativa de redução da complexidade

proposta em Luhmann, que contrasta com posicionamentos de Fritjof Capra, posto que aceita esta complexidade e entende que a mesma é necessária aos desdobramentos que envolvem os processos biológicos que 'movem o mundo', estendendo seu pensamento para os tecidos sociais, envolvendo a Economia e o Direito.

O primeiro capítulo analisa e contextualiza a teoria dos sistemas em Luhmann e seus contornos; apresenta também considerações acerca das sociedades complexas e versa sobre organismo social, sistema e meio ambiente.

O segundo capítulo trata aspectos filosóficos que abordam a teoria dos sistemas, principalmente pensadores que, de alguma forma, contribuíram para a construção do pensamento de Luhmann. Questionamentos filosóficos acerca da Teoria dos Sistemas também compõem o capítulo.

A conclusão apresenta uma análise do pensamento de Luhmann no contexto da América Latina através do que foi exposto em todo o conteúdo da presente dissertação.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DOS SISTEMAS E A SOCIEDADE COMPLEXA

Este capítulo, visando a compreensão do objeto de estudo, apresenta primeiramente a descrição da teoria dos sistemas e seus pressupostos e sua relação com a sociedade e com o Direito, posteriormente aborda categorias e conceitos ligados à teoria dos sistemas e seus desdobramentos filosóficos, trabalhando suas diferentes formas, desde seu início.

Destaca-se que a Teoria dos Sistemas¹ de Luhmann consiste em um modelo de análise e gestão da sociedade que a conceitua como um organismo complexo² vivo no qual os sistemas sociais interagem pelo processamento de informação, sendo que, a atividade informativa é a que constitui a matéria prima básica. Através dela todos os fenômenos sociais acontecem, e são geridos de forma ordenada.

Conceitua-se, ordinariamente, sistema³ como um conjunto de elementos interdependentes, com funções definidas no organismo ao qual pertence.

A conceituação sobre sistema sempre se revelou presente no desenvolvimento do conhecimento humano visando explicar o mundo e seus fenômenos⁴.

¹ Segundo Canaris, “A questão do significado da idéia de sistema para a Ciência do Direito é dos temas mais discutidos da metodologia jurídica. Em poucas controvérsias estão, ainda hoje, as opiniões tão divididas. Enquanto, por exemplo, Sauer exclama com ênfase: “apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber”, Wolff diz: “a Ciência do Direito ou é sistemática ou não existe”; Emge opina, com discrição cética: “um sistema é sempre um empreendimento da razão com um conteúdo exagerado” – uma afirmação que está apenas a curta distância da célebre frase de Nietzsche, que caracterizou a aspiração ao sistema como “uma falta na consecução do Direito” e uma doença no caráter”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **PENSAMENTO SISTEMÁTICO E CONCEITO DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, (pg.) p.5

² O que é complexidade? Segundo Morin, (A) em uma primeira (olhar) análise, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. MORIN, Edgar. **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO COMPLEXO**. Porto Alegre : Editora Sulina, 2006, (pg) p.13.

³ SISTEMA – conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação, método ou processo. Tem sua origem no idioma (Do) francês, ‘*système*’, derivado do latim tardio ‘*systema*’ e, este, do grego ‘*sistema*’. CUNHA, Antônio Geraldo da. **DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO NOVA FRONTEIRA DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1994, (pg) p.728.

⁴ Canaris considera que, “Sobre o conceito geral de sistema deveria dominar – como múltiplas divergências em aspectos específicos – no fundamental, uma concordância extensa: é ainda determinante a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como “a unidade sobre uma idéia, de conhecimentos variados” ou também, como “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”. De modo semelhante, por exemplo, no Dicionário Jurídico de Eisler, define-se sistema: 1. Objetivo: um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado da cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo (...) 2. Lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um

Com a evolução do conhecimento, o processo de sistematização tornou-se tão intenso que o saber humano passou a ser gradativamente compartimentado em setores estanques, que, hodiernamente, é chamado de ‘ciências’.

A Filosofia, que outrora gestou várias ciências, passou a figurar como pano de fundo a vários elementos do saber científico que lhe são diretamente conectados quando se busca estudar e compreender o homem e, desta forma, têm-se atualmente as denominadas ‘ciências humanas’.

É pertinente destacar que já nos filósofos gregos pré-socráticos buscava-se construir definições bastante claras dos elementos⁵ que poderiam ser a gene do universo e que, a partir destas, poder-se-ia compreender o mundo.

Esta busca de entendimento do mundo poderia ser uma tentativa do sujeito de escapar do mundo de contingências ditadas por seus sentidos e alcançar o mundo das regras universais, que lhe dariam real capacidade de compreensão do universo⁶.

Evoluindo deste pressuposto, o homem iniciou sua jornada, conjecturando como o universo seria formado e como seriam as regras que poderiam regê-lo.

conhecimento conjunto ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, com o correspondente, o mais possível fiel, de um sistema real de coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico, reconstruir, de modo aproximativo. As definições que se encontram na literatura jurídica correspondem-lhe, também, largamente. Assim, por exemplo, segundo Savigny, o sistema é a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade; segundo Stammler, uma unidade totalmente coordenada; segundo Binder, uma conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários; segundo Hegler, a representação de uma âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada; segundo Stoll, um conjunto unitário ordenado e, segundo Coing, uma ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **PENSAMENTO SISTEMÁTICO E CONCEITO DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, (pg) p. 9-11

⁵ MONISMO – as doutrinas dos milésios constituem um primeiro e rudimentar exemplo de monismo, termo atribuído a todas as filosofias que (imaginam) postulavam que a realidade multiforme deriva de um único princípio. Em metafísica, o monismo contrapõe-se ao dualismo – defendido de maneira diferente por Platão e Descartes – e ao pluralismo de Aristóteles. ‘ARCHÉ’ – Tudo indica que Anaximandro foi o primeiro a usar o termo arché, que em grego indica o princípio, o fundamento, aquilo do qual tudo se originou e que mantém o mundo vivo. Os milésios identificaram o arché em um elemento natural (a água, o ar, o apeiron), mas filósofos da geração seguinte foram mais longe: Heráclito identificou o arché no devir, e Pitágoras, no número. O termo foi utilizado por Platão e Aristóteles para referir-se, genericamente, à matéria da qual as coisas são feitas, seja à força que dá vida à natureza, seja finalmente à lei que a governa. NICOLA, Ubaldo. **ANTOLOGIA ILUSTRADA DE FILOSOFIA – DAS ORIGENS À IDADE MODERNA**. Rio de Janeiro : Editora Globo, 2005, (pg) p. 15

⁶ “Estamos, nesse sentido, ao mesmo tempo muito mais avançados e muito mais atrasados do que se poderia crer. Já descobrimos as primeiras costas da América, mas continuamos acreditando que se trata da Índia. As rachaduras e as fendas em nossa concepção de mundo não só viraram enormes aberturas, mas também estas aberturas deixam entrever, como sob a carapaça de um crustáceo em mutação, como sob o descolamento do casulo, os fragmentos ainda não ligados entre si, a nova pele ainda dobrada e amassada, a nova figura, a nova forma”. MORIN, Edgar. **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO COMPLEXO**. Porto Alegre : Editora Sulina, 2006, pg.

Para isso, formulou regras para aferição desse conhecimento, denominando, como método científico, a maneira de produzir conhecimento válido desvinculado do sujeito⁷.

Sócrates é o filósofo que desenvolveu estes conceitos, construindo um sistema filosófico de primeira grandeza, colocando a verdade como algo que o sujeito é capaz de alcançar a partir do oráculo “conhece a ti mesmo, para poderes conhecer o mundo”.⁸

Com o desenvolvimento das relações sociais, vários modelos descritivos do funcionamento da sociedade surgiram, buscando explicar e delinear as regras que determinam o desempenho do homem e seu acoplamento com a instância denominada Estado, e construiu-se um mecanismo de solução de conflitos, chamado Justiça⁹.

As teorias sistêmicas estabelecem que a sociedade é uma espécie de organismo dotado de vários subsistemas imbricados entre si, onde cada subsistema possui função e linguagem específicas, atividade denominada como autopoiese¹⁰.

No entanto, a concepção de compreensão da sociedade possui várias correntes e versões, existindo, por exemplo, entendimentos surgidos da informática e outros oriundos da biologia, adquirindo um contorno essencialmente interdisciplinar.

⁷ CONCEITO – em sentido amplo, a palavra conceito designa qualquer conteúdo da mente, em sentido estrito, significa um termo universal, ou seja, capaz de indicar toda uma classe de objetos (por exemplo, cadeira, cão, amor, vida, e assim por diante). Na vida comum, todos sabemos, grosso modo e nível intuitivo, o que esses substantivos significam; todavia, não temos condições de defini-los de maneira simples, clara e definitiva. Isso acontece tanto com os termos que se referem a valores morais ou abstratos quanto com aqueles que indicam objetos concretos. É impossível, por exemplo, especificar quais sejam as características individuais e coletivas necessárias para que um animal seja chamado cão. Sócrates descobriu o problema do conceito buscando definições corretas para valores morais, como amizade e coragem; Platão considerou o conceito como o conhecimento de uma idéia eterna e inata por parte da mente humana; Aristóteles reduziu-o ao conhecimento da essência. NICOLA, Ubaldo. **ANTOLOGIA ILUSTRADA DE FILOSOFIA – DAS ORIGENS À IDADE MODERNA**. Rio de Janeiro : Editora Globo, 2005, pg. 53

⁸ HUMANISMO SOCRÁTICO - indica uma nova tendência inaugurada pelos sofistas e por Sócrates de colocar os problemas do homem – e não os da natureza e do mundo físico – no centro da reflexão filosófica. NICOLA, Ubaldo. **ANTOLOGIA ILUSTRADA DE FILOSOFIA – DAS ORIGENS À IDADE MODERNA**. Rio de Janeiro : Editora Globo, 2005, pg. 53

⁹ “A minha hipótese é que o tribunal não é a expressão natural da justiça popular mas, pelo contrário, tem por função histórica reduzi-la, dominá-la, sufocá-la, reinscrevendo-a no interior de instituições características do aparelho do Estado”. FOUCAULT, Michel. **MICROFÍSICA DO PODER**. Rio de Janeiro : Graal, 1979, pg. 39.

¹⁰ “Auto, naturalmente, significa “si mesmo” e se refere à autonomia dos sistemas auto-organizadores e *poiese* – que compartilha da mesma raiz grega com a palavra “poesia” – significa “criação”, “construção”. Portanto, autopoiese significa “autocriação”. Uma vez que introduziram uma palavra nova sem uma história, foi fácil utilizá-la como um termo técnico para a organização características dos sistemas vivos”. CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA**. São Paulo : Editora Cultrix, 1996, pg. 88

O Quadro 1¹¹ a seguir demonstra um organismo complexo com os múltiplos sistemas existentes, seus códigos, o programa, o meio como instrumento de realização do programa e, finalmente, sua função.

Quadro 1

| SISTEMA | CODIFICAÇÃO | PROGRAMA | MEIO | FUNÇÃO |
|---------------------|--------------------------------|---------------------------------------|---|---|
| Economia | ter/não ter | ambição | dinheiro, propriedade | reprodução material |
| Direito | direito/ não-direito | leis | decisões | segurança e conflito-decisão |
| Ciência | verdade/inverdade | pesquisa | conhecimento científico | produção de novo conhecimento |
| Política | governo/oposição | idéias políticas e ideologia | Poder (funcionário público) sanções. | produção de decisões coletivamente vinculadas. |
| Educação | bom/má censura | ensino e programa de ensino | responsabilidade e expectativas de carreira | formação, educação, seleção de carreira. |
| Sistema psicológico | identidade e não-identidade | saúde mental | consciência | identidade individual, organização |
| Amor | sim/não | paixão | erótico | escolha de parceiro |
| Ética | resposta legal/resposta ilegal | filosofia prática | Moral | reflexão moral, alicerce moral. |
| Moral | bom/ruim | representação de valor | valores | orientação sub-institucional e regulação. |
| Religião | Imanência/transcendência | abertura, dogmática, texto e rituais. | fé | transformação do incerto em complexo do certo. |
| Mídia e massa | informação/desinformação | linguagem | língua, figuras | informação e conversação |
| Arte | bonito/feio/inovador/velho | estilo | gosto artístico/obras de arte | produção, apresentação e reflexão de obras de arte. |
| Sistêmico médico | doente/sadio | cuidado hipocrático | cuidado, terapia | cuidados da saúde. |

Cumprе ressaltar que a concepção sistêmica é uma forma de explicar e compreender a sociedade e seus fenômenos através do conceito de complexidade¹², que se resume em inúmeras operações simultâneas, elaboradas no

¹¹ REESE-SCHÄFER. **POLITISCHE THEORIE**. München : Axel Springer Verlag, 2000, pg. 03

¹² “A complexidade é a marca do pensamento teórico de Luhmann. Para uma introdução de Luhmann, há até então uma compreensão analítica “da relação da parte com o todo” que seguiu na sociologia, onde a observação de uma parte contribui para a observação do todo. Disso Luhmann vê o retorno à construção de Leibniz de uma harmonia pré-estabelecida (cada parte traz a representação do mundo). Sistemas não são mais do que a soma das partes. Na teoria dos sistemas, são algo totalmente diverso: significam o agregado da interação social. O sistemas sociais reduzem sua complexidade ao operar. Esse “resfriamento” através da complexidade (como observado e como resultado) pode parecer complexo. A representação da teoria dos sistemas, do excerto de seu

âmbito do organismo, resultando na multiplicação de subsistemas que, por sua vez, se replicam e geram seu próprio código, individualizando-se em relação ao todo orgânico, mas, ao mesmo tempo, tornando-se parte da estrutura orgânica¹³.

Das teorias sistêmicas, a que terá enfoque nesta dissertação, como paradigma de discussão, é a teoria desenvolvida por Niklas Luhmann¹⁴, que busca

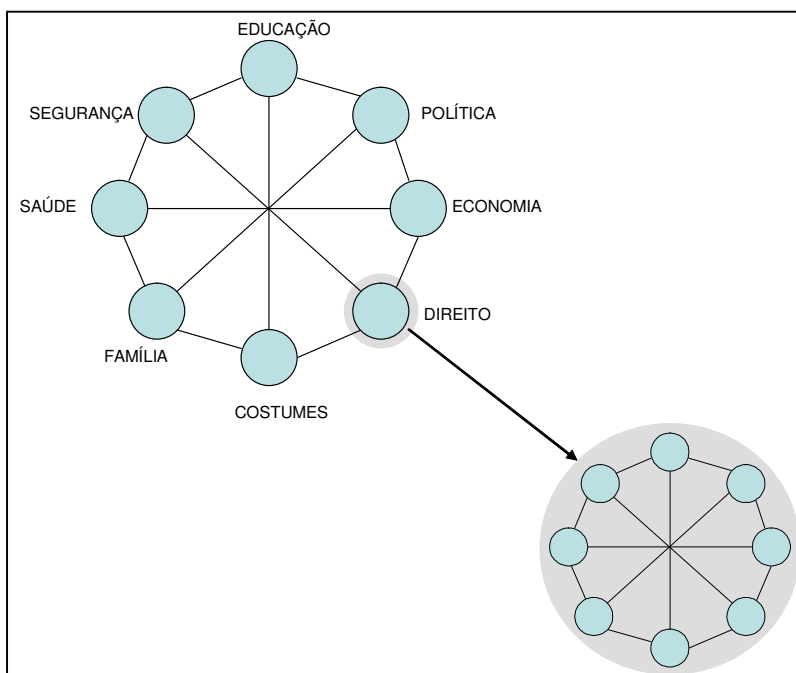
instrumental é de difícil construção. O problema principal reside na partida sistemática da procura da estrutura comum do sistema. O ponto forte em Luhmann está na função, que movimenta-se em diferentes sistemas, formando suas propriedades específicas. Significa que em comunidades sistêmicas comparadas, não podem ser compreendidas por suas partes gerais, mas por sua abstração e detalhes. - Die Komplexität ist die "Klammer" des Luhmann'schen Theoriegedankens. Zum einen belegt Luhmann, dass das bisherige analytische Verständnis der "Ganzes-Teil-Relation" in der Soziologie zu der Annahme führt, dass die Beobachtung eines Teils zur vereinfachenden Betrachtung des Ganzen beitragen könne. Luhmann sieht darin eine sprachlich nur leicht kostümierte Wiederkehr der Leibnitz'schen Konstruktion einer prästabilisierten Harmonie (Jede Monade trägt die "representatio mundi"). Systeme sind nicht nur mehr als die Summe ihrer Teile. Sie sind in der Systemtheorie etwas gänzlich anderes: Sie sind der Mehrwert sozialer Interaktion. Soziale Systeme reduzieren in ihrem Operieren Komplexität. Diese "Umarmung" durch Komplexität (als zu Beobachtendes und als Ergebnis) mag schwierig erscheinen. Die Darstellung des systemtheoretischen Begriffsapparats ist nur schwer im Exzerpt zu fassen. Das Hauptproblem liegt in der systematischen Abkehr von der Suche nach gemeinsamen Systemstrukturen. Luhmanns Schwerpunktverlagerung hin zur Funktion, wendet sich den Unterschieden der Systeme zu, um ihre spezifischen Eigenheiten überhaupt erfassen zu können. Der Tatsache, dass es auch vergleichbare funktionale Systemeigenschaften gibt, trägt Luhmann eben nicht durch Verallgemeinerung Rechnung, sondern durch Abstraktion und detaillierte Milieukennntnis". REESE-SCHÄFER. **POLITISCHE THEORIE**. München : Axel Springer Verlag, 2000, pg. 04

¹³ "Traçar um paralelo entre as artes e as ciências é sempre perigoso, pois as relações entre cada uma delas e a sociedade em que vicejam são muito diferentes. Mas as ciências também refletiram na sua marcha a revolução dupla, em parte porque esta lhes colocou novas e específicas exigências, em parte porque lhes abriu novas possibilidades e confrontou-as com novos problemas, e em parte porque sua própria exigência sugeria novos padrões de pensamento. Não desejo deduzir disto que a evolução das ciências entre 1789 e 1848 possa ser analisada exclusivamente em termos dos movimentos da sociedade que as rodeavam. A maior parte das atividades humanas tem sua lógica interna, que determina ao menos uma parte de seu movimento". HOBBSBAWM, Eric. **A ERA DAS REVOLUÇÕES, EUROPA 1789-1848**, Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1977, pg.. 383

¹⁴ " Niklas Luhmann nasceu como filho de um cervejeiro, tendo estudado direito de 1946 até 1949 em Freiburg. Seguiu para um curso de aperfeiçoamento até 1953 em Lüneburg. De 1954 até 1962 tornou-se jurista de direito administrativo na administração pública do estado da Baixa-Saxônia.. Em 1960 casou-se com Usula Von Walter, com quem teve três filhos. Sua esposa faleceu em 1977. Em 1960/1961, Luhmann cursou uma bolsa na Universidade de Harvard, onde iniciou sua teoria. Lá teve contato com Talcott Parsons e com sua teoria dos sistemas funcionalmente estruturados. Após seu estágio como auxiliar na escola alemã de ciência da administração de Speyer de 1962 até 1965 e como director da seção de pesquisa social na Universidade Münster em Dortmund de 1965 até 1968, obteve o título de doutor em ciência social, habilitando-se com Dieter Clässens e Helmut Schelsky com a tese "funções e series na organização formal", ou seja, Direito e automação na administração pública. De 1968 até 1993 lecionou como professor de sociologia na Universidade de Bielefeld. Em 1989 foi agraciado com o prêmio Hegel da cidade de Stuttgart e em 1997 com o prêmio Amalfi. Luhmann viveu muitos anos em Oerlinghausen, nas proximidades de Bielefeld, onde faleceu em 1998. A causa da morte permanece desconhecida. Dois anos após sua morte, o ginásio municipal de Oerlinghausen foi batizado com seu nome". Niklas Luhmann wurde als Sohn eines Brauereibesitzers geboren und studierte von 1946 bis 1949 Rechtswissenschaft in Freiburg im Breisgau. Es folgte bis 1953 eine Referendarausbildung in Lüneburg. In dieser Zeit begann er auch mit dem Aufbau seiner Zettelkästen. Von 1954 bis 1962 war er dann als Verwaltungsjurist in der öffentlichen Verwaltung des Landes Niedersachsen tätig. 1960 heiratete er Ursula von Walter. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor. Seine Ehefrau verstarb 1977. 1960/1961 erhielt Luhmann ein Fortbildungs-Stipendium für die Harvard-Universität, das er nach erteilter Beurlaubung wahrnehmen konnte. Dort kam er in Kontakt mit Talcott Parsons und dessen strukturfunktionaler Systemtheorie. Nach seiner Tätigkeit als Referent an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer von 1962 bis 1965 und seiner Tätigkeit als Abteilungsleiter an der Sozialforschungsstelle an der Universität Münster in Dortmund von 1965 bis 1968 (1965/66 daneben ein Semester Studium der Soziologie an der Universität Münster) promovierte er dort 1966 zum Dr. sc. pol. (Doktor der Sozialwissenschaften) und habilitierte sich fünf Monate später bei Dieter Clässens und Helmut Schelsky mit *Funktionen und Folgen formaler Organisation bzw. Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*. 1968 bis 1993 lehrte er dann als Professor für Soziologie an der Universität Bielefeld. 1989 wurde er mit dem Hegel-Preis der Stadt Stuttgart ausgezeichnet, 1997 mit dem Premio Amalfi. Niklas Luhmann wohnte mehrere Jahrzehnte in Oerlinghausen bei Bielefeld, wo er 1998 verstarb. Die Todesursache blieb weitgehend im Dunkeln; in der "taz" hieß es, er hätte eine

explicar a sociedade por meio da “Teoria dos Sistemas de Luhmann”, representada conforme Figura 1 a seguir:

Figura 1



Niklas Luhmann, jurista e sociólogo alemão, desenvolveu uma teoria para a sociedade, sendo que nela o Direito tem a função sistêmica de resolver os conflitos a ele submetidos de forma a reduzir a complexidade social¹⁵ pelo equacionamento dos vários setores da sociedade, e traça, desta forma, o modelo de funcionamento da sociedade contemporânea.

mysteriöse "Pilzerkrankung"; in einer Erinnerung schreibt Friedrich Kittler: "Die Telephone flüsterten es seit zwei Jahren, daß bei Bielefeld jemand starb, an dem die medizinisch üblichen Diagnosen allesamt gescheitert waren. Er hatte in Kairo einfach kein handelsübliches Luxushotel bezogen." (Bardmann/Baecker (Hg.), "Gibt es eigentlich den Berliner Zoo noch? Erinnerungen an Niklas Luhmann", Konstanz 1999, S. 183). Zwei Jahre nach seinem Tod wurde im Jahre 2000 das vorherige „Städtische Gymnasium Oerlinghausen“ in „Niklas-Luhmann-Gymnasium“ umbenannt. http://de.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann

¹⁵ Sistemas sociais como redução de co-dependência para a complexidade social são os únicos caminhos viáveis para uma evolução social na sociedade moderna. Os sistemas não são mais que a soma de suas partes. São na teoria dos sistemas algo diferente: São a „otimização“ da interação social. Na teoria de Luhmann, os sistemas não são nenhuma estrutura pensada, mas somente o resultado de uma escala maior: há sistemas. **Soziale Systeme als Reduktionszusammenhänge** für gesellschaftliche Komplexität sind der für Luhmann einzig gangbare Weg zur Beschreibung sozialer Vorgänge in der modernen Gesellschaft. Systeme sind nicht nur mehr als die Summe ihrer Teile. Sie sind in der Systemtheorie etwas gänzlich anderes: Sie sind der "Mehrwert" sozialer Interaktion. In Luhmanns Theorie sind Systeme keine gedanklichen Konstrukte, sondern faßbare Größen: **"Es gibt Systeme."** REESE-SCHÄFER. **POLITISCHE THEORIE**. München : Axel Springer Verlag, 2000, pg. 04

Luhmann estudou em Harvard com Talcott Parsons em 1960, sendo diretamente influenciado por este na construção de um modelo funcionalista de resolução dos conflitos sociais.

No entanto, preliminarmente, entende-se que o paradigma sistêmico em Luhmann tem uma proposta generalizadora para a sociedade, redundando, portanto, em um exame superficial dos processos intra-sistêmicos, sem preocupar-se com aspectos valorativos.

Esta característica generalista gerou uma ácida crítica, por ser uma fórmula de descrição social reducionista, que não considera a complexidade inerente dos subsistemas, buscando, ao invés disto, reduzir os processos pela supressão de subsistemas¹⁶. Ademais, observa-se um componente forte de multidisciplinariedade que traz, para as ciências sociais, humanas e jurídicas aplicadas, conceitos, e categorias, típicos da cibernética e da neurociência.

É sociedade complexa toda aquela que possui inúmeros processos e subsistemas em seu tecido orgânico, que interagem e atuam de forma concatenada e uniforme, e possibilitam a existência do todo funcional, denominado organismo¹⁷. Cada processo é regido por regras e linguagem próprias, que interagem com outros sistemas por meio do acoplamento, que é a troca mútua de informações dentro do organismo sistêmico¹⁸, podendo haver interação inclusive entre âmbitos aparentemente inconciliáveis.

¹⁶ “O progresso da ciência não é um simples avanço linear, cada estágio determinando a solução de problemas anteriormente implícitos ou explícitos nele, e por sua vez colocando novos problemas. Este avanço também prossegue pela descoberta de novos problemas, de novas maneiras de enfocar os antigos de novas maneiras de enfrentar ou solucionar velhos problemas, de campos de investigação inteiramente novos, de novos instrumentos práticos e teóricos de investigação. Em todo ele há um grande espaço para o estímulo ou a formação do pensamento através de fatores externos”. HOBBSAWM, Eric. **A ERA DAS REVOLUÇÕES, EUROPA 1789-1848**, Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1977, pg. 384.

¹⁷ “O sistema tem para começar os mesmos aspectos fecundos que a cibernética (esta, referindo-se ao conceito de máquinas, mantém nas abstração alguma coisa de sua origem concreta e empírica). A virtude sistêmica é: a) ter posto no centro da teoria, com a noção de sistema, não uma unidade elementar discreta, mas uma unidade complexa, um “todo” que não se reduz à “soma” de suas partes constitutivas; b) não ter concebido a noção de sistema como uma noção “real”, nem como uma noção puramente formal, mas como uma noção ambígua ou fantástica; c) situar-se a um nível transdisciplinar, que permite ao mesmo tempo conceber a unidade da ciência e a diferenciação das ciências, não apenas segundo a natureza material de seu objeto, mas também segundo os tipos e as complexidades dos fenômenos de associação/organização. Neste último sentido, o campo da teoria dos sistemas é não apenas mais amplo que o da cibernética, mas de uma amplitude que se estende a todo conhecimento”. MORIN, Edgar. **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO COMPLEXO**. Porto Alegre : Editora Sulina, 2006, pg. 20

¹⁸ Exemplificando isso, Palombella destaca que “O direito natural remete a uma ordem normativa, objetiva e racional, que, de vários modos, o jusnaturalismo argumenta (especulativa ou teoricamente) estar inscrita ontologicamente na natureza. As versões prevalentes do jusnaturalismo relacionam-se com uma derivação voluntarística dessa ordem, determinada por um poder divino, ou com uma derivação racionalística, dedutível por meio da razão humana no modo de ser dos homens, na natureza das coisas. Tradicionalmente o jusnaturalismo é contraposto ao juspositivismo, movimento que, com respeito ao primeiro, tende a ter uma relação inconciliável. No plano filosófico e no plano epistemológico, as assunções teóricas próprias do jusnaturalismo, na qualidade de teoria do direito natural, levam a pressupor a existência de um outro direito diferente do direito posto e vigente,

A troca de informações contribui para a estabilidade e conseqüente existência do organismo, evitando que entre em disfunção, o que prejudicaria o todo.

Os vários subsistemas interagem entre si pelo acoplamento, permitindo que o sistema, como um todo, se mantenha estável pela execução de funções intra-sistêmicas. Quando um subsistema não se adapta às necessidades do organismo, provoca a sobrecarga de outros setores, ocasionando a disfunção, sobrecarga e, eventualmente, corrupção do organismo.

O vetor de comunicação entre os âmbitos do organismo é a informação, que é o elemento capaz de adicionar um elemento novo ou uma transformação nos processos orgânicos, e impede que os mesmos sejam eternamente redundantes, sendo a informação compreendida no sentido de novidade e não como uma simples mensagem transmitida ou recebida, conforme preconiza Bateson, que define a informação como “o elemento capaz de proporcionar um evento que se constitua em diferença sistêmica”.¹⁹

A mensagem, seja na modalidade de símbolo ou código, constitui-se em informação quando produz uma diferenciação no complexo do sistema, donde este pode optar a partir de diferenças existentes.

Partindo-se deste pressuposto, o sistema social²⁰ é formado por interações constituídas de informação vinda do meio ambiente e é internamente processada no ambiente sistêmico, que assim forma seu próprio ambiente interno. Os códigos

de todo distinto deste último; em geral, trata-se de um direito concebido de tal modo que constitui o fundamento ético-natural sobre o qual se apóia o direito positivo. O jusnaturalismo adota uma perspectiva “cognitivista” e “objetivista” que considera cognoscíveis os princípios éticos ou jurídicos tanto quanto os fatos da natureza, assumindo-os como dados anteriores à própria atividade cognitiva e independentes desta”. PALOMBELLA, Gianluigi. **FILOSOFIA DO DIREITO**; tradução Ivone Benedetti; São Paulo: Martins Fontes, 2005, pg. 5.

¹⁹ “A ‘bit’ of ‘information’ is definable as a difference which makes a difference”. BATESON, Gregory. **STEPS TO AN ECOLOGY OF MIND**, New York, 1972, pg. 315.

²⁰ “Luhmann: sempre gira em torno da diferença entre sistema e ambiente. Como reage uma unidade sobre todo o resto, a qual as fronteiras formarão a filtrarão a informação do meio-ambiente, que vivencia o sistema como informação e alteração. Em cada sistema se tem a visão de todo o sistema, mas sempre dividida pela diferença do sistema e meio-ambiente. Sistemas podem ser em primeiro plano alimentados pela conjunção de vários elementos, que têm relações mais quantitativamente intensas entre si e qualitativas produtivas do que com outros elementos desse sistema. Seus efeitos interativos internos forma a característica do sistema. Sistemas formam o meio-ambiente interno”. Luhmann: “Es geht immer um die Differenz von System und Umwelt. Wie reagiert eine Einheit auf alles andere, welche Grenzen werden gebildet und wie filtern Grenzen die Information aus der Umwelt, die im System als Information erlebt und verarbeitet werden. Man hat also mit jedem System sozusagen die ganze Welt im Blick, aber immer gespalten durch die Differenz von System und Umwelt.” Systeme kann man in erster Näherung als einen Zusammenhang von Elementen beschreiben, deren Beziehungen untereinander quantitativ intensiver und qualitativ produktiver sind als ihre Beziehungen zu anderen Elementen. Alle Elemente des Systems, die das System in Selbstschaffung (Autopoiesis) produziert, sind spezifische Elemente dieses Systems. Ihr internes Zusammenwirken bildet die Charakteristik des Systems. Systeme sind füreinander Umwelt”. REESE-SCHÄFER. **POLITISCHE THEORIE**. München: Axel Springer Verlag, 2000, pg. 02

conectam-se entre si formando uma rede de comunicações, extinguindo-se do sistema quando a atividade de comunicação cessa.

Uma vez que o complexo de informações exige ordenação, observa-se que os sistemas sociais são auto-organizados de acordo com as próprias feições e particularidades, fenômeno que Luhmann denominou de autopoiesis.

Por meio da autopoiese a atividade ocorre a partir da arquitetura interna construída no sistema e pelo padrão inconsciente de um meio-ambiente, que se constituem com os elementos que formarão o complexo e permitirão sua construção.

Estes elementos conformadores da autopoiese podem ser constituídos por dados, informações, códigos e símbolos, que serão veículos para as propagações e ocorrências dos acoplamentos.

Neste contexto, os sistemas sociais representam uma “conexão dotada de sentido de ações que se referem umas às outras e que são delimitáveis no confronto com um ambiente”.²¹

A dinâmica estabelece que a diferenciação funcional é um processo de gênese de novas estruturas, hábil para classificar as atividades válidas ou inválidas, podendo admitir ou excluir informações, donde tal atividade se orienta no processamento de diferenças que formarão os temas e valores sistêmicos, configurando outros modelos sociais em torno destes.

Oriundos daquela dinâmica, os sistemas sociais em formação não têm como ponto de partida uma identidade prévia, mas um elemento diferenciador em seu código interno.

Tal assertiva ganha valor quando se observa que todas as experiências da vida social desenvolvem-se em um processo dialético de evolução entre o que atualmente ocorre e aquilo que ocorrerá, partindo de bases diferenciadas que estabelecerão as possibilidades futuras, como observado na filosofia hegeliana, a qual se distancia do pensamento luhmaniano.²²

²¹ HABERMAS, Jürgen. **THEORIE DES KOMMUNIKATIVEN HANDELNS** [Teoria da ação comunicativa], Vol I, Frankfurt, 1982, pg. IX.

²² “Aplicando-se a qualquer elemento da realidade que se queira, a doutrina do devir dialético constitui a estrutura do sistema hegeliano. A transformação é uma lei universal (nada lhe é estranho) regulada por três momentos. O primeiro .deles, a tese ou afirmação, indica a coisa em si, o que ela é no início da transformação considerada; o último, a síntese ou a reafirmação, indica o que a coisa será no final do processo; e o momento intermediário, antítese ou negação, exprime o estado de passagem. Isso significa que, para mudar toda coisa deve negar a si mesma, tornar-se o oposto de si mesma para, no final, achar uma síntese que conserve algo do estado inicial. Resulta daí que cada estado da realidade, cada ser, se encontra a cada instante em uma condição contraditória. E aquilo que é se afirma e existe de um determinado modo, mas ao mesmo tempo se nega, torna-se uma outra coisa. Hegel partilha da idéia de Heráclito de que todo ser, existindo, realiza a unidade dos

A diferenciação básica é, obrigatoriamente, reproduzida na atividade orgânica, estabelecendo, a cada evento, um processamento específico que, depois, é acoplado e replicado com o objetivo de atender as necessidades orgânicas como, por exemplo, conexões entre o sistema político e suas ações e o sistema da literatura e seus desdobramentos enquanto atividades dentro de uma determinada sociedade.

O processo descrito possibilita que sejam estabelecidos padrões²³, que são denominados de valores, e são aplicáveis aos acontecimentos casuais, construindo uma ordem a partir destes, fazendo o papel de classificação e validação de informações, que viabilizam, aos sistemas, a redução da complexidade infinita do mundo por intermédio da seleção daquilo que é atualmente relevante para o organismo, mas, ao mesmo tempo, inseridos em um processo de realimentação e auto-regulação que, neste tocante, é desempenhado pelo sistema jurídico.

Cumprir destacar que em relação aos elementos sistêmicos, Luhmann assevera que a relação entre o sistema e seus elementos²⁴ é de permanente renovação e reposição, uma vez que o sistema não tem duração indefinida, devendo os elementos serem reproduzidos permanentemente, como um desdobramento próprio da autopoiese, observando-se que os elementos devem ter a capacidade de acoplamento entre si e o organismo²⁵, ou seja, para poder manter-se, o sistema obrigatoriamente precisa se reinventar.

No ambiente Luhmann considera que, a relação dos organismos com o ambiente é constitutiva da realidade orgânica e que não existe o ambiente somente para possibilitar a existência e manutenção do sistema, conforme pensava Parsons,

contrários". NICOLA, Ubaldo. **ANTOLOGIA ILUSTRADA DE FILOSOFIA – DAS ORIGENS À IDADE MODERNA**. Rio de Janeiro : Editora Globo, 2005, pg. 359

²³ "Foi a descoberta da realimentação como um padrão geral da vida, aplicável a organismos e a ciência sociais, que fez com que Gregory .Bateson e Margaret Mead ficassem tão entusiasmados com a cibernética. Enquanto cientistas sociais, eles tinham observado muitos exemplos de causalidade circular implícitos nos fenômenos sociais. Ao longo de toda a história das ciências sociais, numerosas metáforas têm sido utilizadas para se descrever processos auto-reguladores na vida social. Talvez o mais conhecido deles seja a "mão invisível" que regulava o mercado na teoria econômica de Adam Smith, " os sistemas de controle mútuo por parte das instituições governamentais" na Constituição dos EUA, e a interação entre tese e antítese na dialética de Hegel e de Marx. Os fenômenos descritos nesses modelos e nessas metáforas implicam, todos eles, padrões circulares de causalidade que podem ser representados por laços de realimentação, mas nenhum de seus autores tornou esse fato explícito". CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix, 1996, pg. 64

²⁴ Na tradição científica, o termo elemento estava relacionado com algo estável, com unidades irreduzíveis que compõem – igual tijolos – os objetos. Assim, a busca de tais tipos de elementos compositores do „mundo real“ – desde átomos até aos indivíduos – marcava todas as áreas científicas. Hoje, mesmo as teorias consideradas as mais sólidas, como as da física, estão repletas de explicações através de partículas virtuais, extremamente voláteis e fugazes, com tempo de decomposição perto ou até abaixo de zero.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **SOZIALE SYSTEME – GRUNDRISSE EINER ALLGEMEINEN THEORIE** [Sistemas sociais – esboço de uma teoria geral], Frankfurt, 1984, pg. 28

mas como um componente que se amolda à identidade orgânica, e que não há hierarquia entre sistema e ambiente, uma vez que se estabelecem um como pressuposto da existência do outro²⁶.

No sistema, o sujeito é igualmente dinâmico, uma vez que o alicerce do sistema social é o ambiente e não o sujeito²⁷, e ambos constituem uma unidade em uma relação de cooperação mútua para fazer frente às instabilidades que possam surgir. Observa-se que a diferenciação entre sistema e ambiente reside simplesmente nos limites sensoriais atribuídos pelo sistema cognitivo e imaginário, contextos em que ocorrem os fenômenos de comunicação, subvertendo a noção de territorialidade física²⁸, uma vez que tal paradigma não é mais aplicável a uma nova realidade orgânica, que baseia-se não em objetos, mas em diferenciações.

Isto ocorre pela mecânica do organismo, que mantém a estabilidade pela geração de novas diferenças e distinções que surgem a cada novo ciclo, e este é ocasionado pelos processos de comunicação e, mesmo sendo seqüenciado o procedimento, poderá haver variações que impliquem em novas variantes, causadas por injunções ambientais.

Observa-se que não há perpetuamento de valores sociais²⁹, uma vez que o próprio processo de comunicação orgânica possibilita e implica em modificação ocasionada por fenômenos casuísticos, assimilados organicamente.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **SOZIALE SYSTEME – GRUNDRISS EINER ALLGEMEINEN THEORIE** [Sistemas sociais – esboço de uma teoria geral], Frankfurt, 1984, pg. 243

²⁷ “O sujeito emerge ao mesmo tempo que o mundo. Ele emerge desde o ponto de partida sistêmico e cibernético, lá onde certo número de traços próprios aos sujeitos humanos (finalidade, programa, comunicação, etc) são incluídos no objeto máquina. Ele emerge, sobretudo, a partir da auto-organização, onde autonomia, individualidade, complexidade, incerteza, ambigüidade tornam-se caracteres próprios ao objeto. Onde, sobretudo, o termo “auto” traz em si a raiz da subjetividade. Mas o sujeito emerge também em seus caracteres existenciais que, desde Kierkegaard, forma postos em relevo. Ele traz em si sua irredutível individualidade, sua suficiência (enquanto ser reclusivo que sempre se fecha sobre si mesmo) e sua insuficiência (enquanto ser aberto irresolúvel em si mesmo). Ele traz em si a brecha, a rachadura, o desgaste, a morte, o além”. MORIN, Edgar. **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO COMPLEXO**. Porto Alegre : Editora Sulina, 2006, pgs 38-39.

²⁸ De acordo com a autora, o conceito de territorialidade física deve ser relativizado em razão das inúmeras injunções externas: “na década de sessenta, entretanto, percebeu-se outros caminhos, os quais não se centravam mais nos aspectos da segurança nacional e do poder militar. Acentuou-se, tal entendimento, nas décadas de setenta e oitenta, quando foi observado que a interdependência afetava a política mundial e o comportamento dos Estados. Porém, as ações governamentais, por sua vez, influenciavam os modelos de interdependência, ao criar ou aceitar normas e procedimentos para certas classes de atividades e os governos regulavam e controlavam as relações transnacionais e interestatais mediante acordos, denominados de regimes internacionais”. OLIVEIRA, Odete Maria de. **RELAÇÕES INTERNACIONAIS : ESTUDOS DE INTRODUÇÃO**. Curitiba, Juruá, 2002, pgs. 128-129.

²⁹ “Para concluir a observação da teoria dos sistemas na Moral em Luhmann. A sociedade diferenciada funcionalmente precisa renunciar a uma integração moral. Para Luhmann a moral sozinha é o meio da ética (moralidade seria o elemento de acoplamento entre meio e programa, conforme tabela). Ele incentiva daí uma ética, do conceito de moral empírica que precisa ser definida e acatada pelo fato social. Ética como “teoria da reflexão da moral”, que apresenta a ele a tarefa de “observar a moral”, onde a moral não definida em outros sistemas representa uma perigosa redundância ao sistema”.

Zum Schluß eine systemtheoretische Betrachtung der Moral nach Luhmann: Die funktional differenzierte Gesellschaft muss auf eine moralische Integration verzichten. Für Luhmann ist die Moral allein das Medium der

Destaca-se, no entanto, que há diferenças entre sistemas fechados e sistemas abertos³⁰, não sendo antagônicos, mas complementares entre si, diferentes somente quanto ao grau de interação com o ambiente, mediados pelos limites ou fronteiras de forma complementar, e buscam sempre potencializar sua sobrevivência em relação às contingências, apresentando essa flexibilidade como uma decorrência própria do processo evolutivo. São fechados em seus processos internos, revelados por seus limites mas, ao mesmo tempo, acoplados estruturalmente ao ambiente de forma a permitir a adaptação às variações verificadas.

Luhmann é consoante com algumas teorias clássicas da sociologia, mas contrário à concepção aristotélica de atavismo social³¹. Há uma polêmica em torno desse assunto, inclusive debatida por sociólogos, mas em bases diferenciadas.

A assertiva dá adoção do chamado sentido, cuja função é selecionar as experiências de modo a reduzir a complexidade do meio, nivelando as relações com o meio-ambiente a partir da memória acumulada pela atividade orgânica, ordena os fenômenos caóticos, transformando-os em estruturais³².

Ethik (Moralisieren wäre die Verwechslung von Medium und Programm, s. Tabelle). Er fordert daher eine Ethik, in der der Moralbegriff empirisch neu bestimmt werden muss und das gesellschaftliche Faktum der Moral mit moralfreien Begriffen beschrieben werden sollte. Ethik als "Reflexionstheorie der Moral" hat nach ihm die Aufgabe, "vor Moral zu warnen", um Übergriffe der Moral auf andere Systeme als gefährliches Doping oder gesellschaftliches Fieber zu entlarven. REESE-SCHÄFER. **POLITISCHE THEORIE**. München : Axel Springer Verlag, 2000, pg. 06

³⁰ "O sistema aberto está na origem de uma noção de termodinâmica, cuja primeira característica era permitir circunscrever, de modo negativo, o campo de aplicação do segundo princípio, que necessita da noção de sistema fechado, isto é, que não dispõe de fonte energética/ material exterior a si próprio. Tal definição não teria de modo nenhum oferecido interesse se não se pudesse a partir dela considerar um certo número de sistemas físicos (a chama de uma vela, o movimento de um rio em torno do pilar de uma ponte), e sobretudo os sistemas vivos, como sistemas cuja existência e estrutura dependem de uma alimentação externa, e no caso dos sistemas vivos, não apenas material/energética, mas também organizacional/informacional. Isto significa: a) que uma ponte está constituída entre a termodinâmica e ciência da vida; b) que se desencadeia uma idéia nova, oposta às noções físicas de equilíbrio/desequilíbrio, e que está além de uma e de outra, num certo sentido contendo a ambas". MORIN, Edgar. **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO COMPLEXO**. Porto Alegre : Editora Sulina, 2006, pgs. 20-21

³¹ Um exemplo do atavismo verificado em Aristóteles: "Assim sendo, a natureza impôs uma diferença fundamental entre a mulher e o escravo – visto que a natureza não age de modo avaro como os cutelheiros de Delfos, que fabricam facas para trabalhos diferentes, mas cada uma, por si apenas servindo para uma finalidade. Desses instrumentos, o melhor não é o que serve para vários trabalhos, mas para um só. Entre os povos bárbaros, a mulher e o servo estão confundidos numa mesma classe. Isto se dá pelo fato de a natureza não lhes ter propiciado o instinto do mando, e por ser a união conjugal a de uma escrava com um senhor. Os poetas escreveram: "os gregos têm o direito de mandar nos bárbaros". Como se a natureza fizesse distinção entre o bárbaro e o escravo. ARISTÓTELES DE ESTAGIRA. **A POLÍTICA**. São Paulo : Editora Martin Claret, 2002, pgs. 12-13.

³² "Cada função do sistema contém o meio de sua essência de operação. Todos os sistemas diferenciam-se entre si, por meio de seu próprio sistema operacional, que são estruturados por meio de um código binário, tornando as diferenciações do sistema operacionais. A função social de um sistema surge daí, que se limita ao meio ambiente, formando um limite estabilizado. Luhmann fala de uma função dupla que serve para manter o sistema, reproduzindo a fronteira do sistema, para fora, facilitando a operação de diferenciação para os outros sistemas. O programa de um sistema é tudo, ordenando os valores do código, conforme o observado. Luhmann precisou o conhecimento válido para o Direito. Como exemplo, o sistema de direito são todas as leis de todos os tipos, que conectam tipos legais possíveis para o sistema de direito. Disso reproduz os tipos no sistema jurídico.

Ressalta-se que o modelo mecanicista de Isaac Newton³³, em que o ‘universo era um relógio gigante’, fica relegado ao passado, uma vez que permite haver surpresas proporcionadas pelas informações e experiências que ocorrem a todo o momento e que possuem o condão de interagir com o organismo.

A própria evolução da psicanálise enquanto ciência, principalmente com o trabalho de Sigmund Freud³⁴, evidencia as conexões íntimas do agir humano com o subconsciente, embora em grande medida ainda desconhecidas, existe grande interação de fatores psíquicos com fenômenos físico-químicos³⁵ que trazem

O programa não contém nenhum formalismo. Nele ficam o processo dinâmico em qualquer função. A forma do sistema jurídico é evolutiva e contém e não permite qualquer retrocesso de retroação. O meio do sistema é a função comunicativa. No sistema legal seria a causa, que se verifica da comunicação com o meio ambiente. (as prescrições externas). A função deixa-se provocar como elemento de auto-conteúdo. A prescrição que o sistema automaticamente estabiliza, movimenta-se de forma crítica, o que muitos chamam de um conservadorismo por parte de Luhmann, críticos entendidos vêem em Luhmann o ponto de saída da velha tradição européia, a tentativa da esquerda de ultrapassar o humanismo (Norbert Bolz), onde Luhmann em seu sistema de observação oferece meios de simplificar a teoria.” Jedes Funktionssystem erhält sich mittels seiner Operationsweise. Alle Systeme unterscheiden sich durch ihre je eigenen Operationsweisen voneinander, die durch einen binären Code strukturiert sind und Unterscheidungen für das System erst operabel machen. Die soziale Funktion eines Systems besteht darin, sich von seiner Umwelt abzugrenzen und dadurch seine Grenzen zu stabilisieren. Luhmann spricht von einer Doppelfunktion, da die zur Selbsterhaltung des Systems ständig zu reproduzierende Grenze das System auch nach außen unterscheidbar macht und damit Abgrenzungsoperationen anderer Systeme erleichtert. Das Programm eines Systems ist alles, was für die Funktion der Zuordnung von Codewerten zu Beobachtungen bereitgestellt ist. Luhmanns genaueste Milieukennntnis gilt dem Recht. Am Beispiel des Rechtssystems sind es Gesetze aller Art, die die Anknüpfung von Tatbeständen an das Rechtssystem ermöglichen. Dazu reproduziert sie die Tatbestände im Rechtssystem. Das Programm ist kein Formalismus. Es unterliegt den dynamischen Prozessen jeder Funktion. Die Form des (Rechts-) Systems ist evolutionär entstanden und bedarf keiner normativ-universalistischen Rückbindung. Das Medium des Systems ist die Mitteilungsfunktion. Im Rechtssystem wäre es das Urteil, das sich als Kommunikation der Umwelt (der Fremdbeschreibung) aussetzt. Die Funktion ließe sich provokant als Selbsterhalt paraphrasieren. Die Beschreibung, daß sich die Systeme selbsterhaltend stabilisieren, hat Kritiker dazu bewogen, Luhmann Konservatismus vorzuwerfen. Verständigere Kritiker sehen in Luhmanns Ausgangspunkt der "Verweigerung alteuropäischer Traditionen" den Versuch, die Linke im Vehikel des Humanismus links zu überholen (Norbert Bolz), da Luhmann durch seine Systembetrachtung jedem mehr Möglichkeiten diesseits der Theorie zubilligt". REESE-SCHÄFER. **POLITISCHE THEORIE**. München : Axel Springer Verlag, 2000, pg. 04

³³ “A teoria da evolução foi a principal contribuição da biologia para a história das idéias no século XIX. Ela obrigou os cientistas a abandonarem a imagem newtoniana do mundo como uma máquina que saiu totalmente construída das mãos do Criador e a substituírem pelo conceito de um sistema evolutivo e em constante mudança”. CAPRA, Fritjof. **PONTO DE MUTAÇÃO**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix LTDA, 1982, pg. 105

³⁴ “Assim como Newton estabeleceu o espaço euclidiano absoluto como a estrutura em que os objetos materiais acham-se dispostos e localizados, também Freud estabeleceu o espaço psicológico como o suporte para as estruturas do “aparelho” mental. As estruturas psicológicas em que Freud baseou sua teoria da personalidade humana – id, ego e superego – são vistas como “objetos” internos, localizados e dispostos no espaço psicológico. CAPRA, Fritjof. **PONTO DE MUTAÇÃO**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix LTDA, 1982, pg. 172

³⁵ “A estreita relação entre a psicanálise e a física clássica torna-se flagrantemente óbvia quando consideramos os quatro conjuntos de conceitos que formam a base da mecânica newtoniana: 1) Os conceitos de espaço e tempo absolutos, e o de objetos materiais separados movendo-se nesse espaço e interagindo mecanicamente. 2) O conceito de forças fundamentais, essencialmente diferentes da matéria. 3) O conceito de leis fundamentais, descrevendo o movimento e as interações mútuas dos objetos materiais em termos de relações quantitativas. 4) O rigoroso conceito de determinismo e a noção de uma descrição objetiva da natureza, baseada na divisão cartesiana entre matéria e mente. Esses conceitos correspondem às quatro perspectivas básicas a partir das quais os psicanalistas têm tradicionalmente abordado e analisado a vida mental. Elas são conhecidas, respectivamente, como os pontos de vista topográfico, dinâmico, econômico e genético, sendo termo genético, tal como é usado por psicanalistas, refere-se à origem ou gênese, dos fenômenos mentais e não se deve confundir com a acepção em que a palavra é usada em biologia”. CAPRA, Fritjof. **PONTO DE MUTAÇÃO**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix LTDA, 1982, pg. 172

conseqüências para o relacionamento social³⁶. Não obstante, Luhmann destaca que o ambiente social e psíquico são elementos distintos como componentes na formação de único ser³⁷, e tem, como elo de ligação, o sentido, a interconexão dentro do organismo, e que há um acoplamento entre os referenciais, e que este atribui sentido aos indivíduos em suas relações com o todo.

Neste aspecto a complexidade se dá quando o sistema ultrapassa determinado limiar que não permite que todos os elementos relacionem-se uns com os outros e impõe uma atividade seletiva das possibilidades, de forma a reduzir a complexidade³⁸, possibilitando, a partir disso, uma relação com o ambiente.

A autopoiese, como qualidade intrínseca do sistema, possibilita o controle da complexidade por ser inacessível extra-organicamente, e viabiliza que o sistema constitua seus próprios elementos de forma permanente, não podendo haver controle de forma unilateral, pois nenhuma parte do sistema pode ser hegemônica em relação à outra sem estar sendo controlada por outras partes e, em não se admitindo estruturas concentradoras de poder, de estrutura assimétrica, busca-se construir o que Bertalanffy denominou de *Fliessgleichgewicht*, ou equilíbrio fluente³⁹, o que possui a capacidade de proporcionar o equilíbrio entre os sistemas.

³⁶ “Com argumentos que de algum modo se reportam ao pessimismo schopenhauriano, Freud sustenta que entre os dons instintivos do homem – e, portanto, não elimináveis – deve incluir-se também a agressividade. O desenvolvimento da civilização certamente impôs um autocontrole cada vez maior, fazendo com que o indivíduo moderno consiga vigiar sua própria conduta de modo muito mais rígido do que no passado. Tudo isso, porém, não é fruto de um crescimento geral, de uma mutação do homem em sentido pacifista, mas de pura e simples auto-repressão interior. A civilização não é a solução de todos os males, mas o mal menor, absolutamente não alivia, antes acentua, a natural infelicidade do ser humano. É lógico, portanto, que também o homem civilizado possa cair novamente sob o domínio do instinto agressivo. Mas isso não significa que deve abandonar, por desconfiança, o empenho pacifista; ao contrário, trata-se de entender que a abolição da guerra será possível muito a longo prazo, e se dará como resultado de um lento e global amadurecimento do gênero humano, conforme se verifica na correspondência trocada entre Freud e Albert Einstein. NICOLA, Ubaldo. **ANTOLOGIA ILUSTRADA DE FILOSOFIA – DAS ORIGENS À IDADE MODERNA**. Rio de Janeiro : Editora Globo, 2005, pg. 426

³⁷ LUHMANN, Niklas. **SOZIALE SYSTEME – GRUNDRISS EINER ALLGEMEINEN THEORIE** [Sistemas sociais – esboço de uma teoria geral], Frankfurt, 1984, pg. 92

³⁸ LUHMANN, Niklas. **SOZIALE SYSTEME – GRUNDRISS EINER ALLGEMEINEN THEORIE** [Sistemas sociais – esboço de uma teoria geral], Frankfurt, 1984, pg. 187

³⁹ “Diferentemente dos sistemas fechados, que se estabelecem num estado de equilíbrio térmico, os sistemas abertos se mantêm afastados do equilíbrio, nesse “estado estacionário” caracterizado por fluxo e mudança contínuos. Bertalanffy adotou o termo alemão *Fliessgleichgewicht* (equilíbrio fluente) para descrever esse estado de equilíbrio dinâmico. Ele reconheceu claramente que a termodinâmica clássica, que lida com sistemas fechados no equilíbrio ou próximo dele, não é apropriada para descrever sistemas abertos em estados estacionários afastados do equilíbrio. CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix, 1996, pg. 54

2.1 Construção de uma teoria do sistema social

Como sistema social, a teoria de Luhmann é construída como uma elaboração teórica sociológica, que integra elementos de sociologia do Direito, Economia, Política, etc, e, como resultado desta teoria, diversas categorias foram desenvolvidas.

Convém destacar que a elaboração de uma teoria sistêmica ocorre lançando mão de outros conhecimentos, afeitos às áreas científicas específicas, como a física, a termodinâmica, a biologia molecular, além de conceitos relativos à comunicação e à tecnologia da informação, onde o elemento coincidente é a dinâmica metamorfose do objeto de estudo.

Luhmann aplicou estes conhecimentos para o estudo da sociedade moderna, entendendo que esta passou a apresentar processos de transformação cada vez mais velozes e de difícil explicação, e buscou, através da teoria dos sistemas, construir modelos de compreensão e controle social.

Ele inicia seu modelo criticando o modelo epistemológico de estudo da sociedade, considerando-o como obstáculo para a compreensão do ente social, e por entender que é limitador da compreensão da realidade social.

Esta característica demonstra um rompimento com o paradigma epistemológico tradicional, tal qual tratado por Kuhn⁴⁰, uma vez que Luhmann tenta compreender o social por uma via diferenciada, através dos seguintes pressupostos:

- I – A sociedade é formada por pessoas e pelas relações intersubjetivas;
- II – A sociedade se configura pelo consenso e pela complementaridade de opiniões e objetivos, das pessoas.

⁴⁰ “Por outro lado, na ciência, um paradigma raramente é suscetível de reprodução. Tal como uma decisão judicial aceita no direito costumeiro, o paradigma é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas. Para que se compreenda como isso é possível, devemos reconhecer que um paradigma pode ser muito limitado, tanto no âmbito como na precisão, quando de sua primeira aparição. Os paradigmas adquirem seu status porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves. Contudo, ser bem sucedido não significa nem ser totalmente bem sucedido com um único problema, nem notavelmente bem sucedido com grande número. De início, o sucesso de um paradigma – seja a análise aristotélica do movimento, os cálculos ptolomaicos das posições planetárias, o emprego da balança por Lavoisier ou a matematização do campo eletromagnético por Maxwell – é, a princípio, em grande parte, uma promessa de sucesso que pode ser descoberta em exemplos selecionados e ainda incompletos. A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, atualização que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e a predições do paradigma e articulando-se ainda mais o próprio paradigmas”. KUHN, Thomas S. **A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo : Perspectiva, 2005. pg. 44

III – As sociedades conformam-se como unidades regionais, delimitadas por critérios geográficos e sociais.

IV - As Sociedades podem ser estudadas de fora, como grupos de pessoas ou regiões territoriais.

Trabalhando as premissas acima reproduzidas, Luhmann buscou analisar a mecânica social, construindo uma nova série de elementos, formando um novo diagnóstico dos agrupamentos sociais:

- Em primeiro plano, afirma que o consenso e a complementaridade – caso existam – são produtos de processos sociais, não sendo elementos constitutivos dela.

- A constituição ou integração da sociedade não se dá pela via do consenso mas, sim, pela “construção de identidades, referências, valores próprios e objetos por meio de processos de comunicação que ocorrem na ocasião de sua própria gênese”, não relacionada com o que os seres verificam no confronto com ela⁴¹.

Por força da distinção valorativa existente na teoria sistêmica, entre a categoria sistema e a categoria ambiente, também denominado meio, o social, enquanto sistema, é separado das suas facetas psíquicas e biológicas⁴², uma vez que se rege por regras próprias e peculiares.

O campo psíquico é aquele em que os indivíduos desenvolvem suas atividades intersubjetivas, consubstanciando-se em modelos de comunicação que moldam as relações sociais.

Observe-se que no contexto das teorias dos sistemas, o ser humano é avaliado segundo o código de cada âmbito, de acordo com sua função, o que leva a uma fragmentação do indivíduo, que nunca será efetivamente tratado, inserido em sua total dimensão no tecido social.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. **DIE GESELLSCHAFT DER GESELLSCHAFT** [A sociedade da sociedade], 2 vol, Frankfurt, pg. 29.

⁴² Ao contrário do que Durkheim dirá sobre o fato social: “Fato social são modos de agir, de pensar, de se comportar e de sentir que estão em toda a sociedade, vêm de fora dos indivíduos e exerce coerção sobre eles”. DURKHEIM, Émile. **AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO** São Paulo : Martin Claret, 2002, pg. 31

Portanto, os seres humanos, enquanto pessoas e indivíduos, não pertencem a um sistema de forma completamente integrada, uma vez que a dicotomia epistemológica feita pela teoria dos sistemas os enquadra no ambiente do sistema social, especificamente, constituindo a conformação externa da existência do sistema, trazendo um efeito em que não serão os indivíduos que conformarão à sociedade, mas a sociedade tecnologizada que condicionará o indivíduo.

Dessa forma, a autopercepção do indivíduo frente à sociedade sofre alterações, transformando o modo de conhecimento e avaliação e, portanto, as reações para toda uma série de fenômenos sociais, como a desigualdade social, formação de estratos e classes sociais, etc.

Caso o homem fizesse parte do sistema, assim como os desdobramentos de suas relações jurídicas⁴³, as diferenciações poderiam ser explicadas apenas como atos de discriminação e estratificação social, como os existentes em algumas sociedades primitivas⁴⁴, embora estabelecidas em bases diferentes das nossas, que, eventualmente, podem contrariar o código hegemônico dos direitos universais, responsabilizando, juridicamente e socialmente o homem, enquanto membro da coletividade, em um plano até mesmo globalizado, marcado por conflitos jurídicos que surgem no momento de se questionar a aplicabilidade do Direito internacional, por exemplo, em âmbitos internos dos Estados, pelo questionamento da legitimidade

⁴³ “Como também é para Hegel, o contrato é um instrumento que regula-se tanto, as relações entre particulares dentro de uma ordenação constituída. Diferentemente de Hobbes, porém, não é com base no acordo ou no pacto que Hume imagina o nascimento da sociedade civil (nesse sentido de modo mais conseqüente). A validade da promessa em si depende só do fato dela ter sido feita em um sistema de justiça existente: o contrato não é causa do seu cumprimento; a causa é o conjunto das regras morais e jurídicas em que ele se situa”. PALOMBELLA, Gianluigi. **FILOSOFIA DO DIREITO**; tradução Ivone Benedetti; São Paulo: Martins Fontes, 2005, pg. 17

⁴⁴ “Quem, dentre nós, não sentiria legítima revolta contra a escravidão, os sacrifícios de crianças, as cremações de viúvas, a costura do sexo feminino e outras vilezas? Mas, uma vez experimentada essa reação sadia, deve começar a ciência: ela mostra a quais considerações podem responder essas práticas para os que a elas se dedicam. Claude Lévi-Strauss o fez a propósito de um costume, difundido do Ártico canadense à Terra do Fogo: a antropofagia. Afora as penúrias, ela em geral se baseia na idéia de que absorver uma parte do corpo de um parente falecido ou do cadáver de um inimigo permite adquirir-lhes as virtudes ou neutralizar-lhe os poderes. Claude Lévi-Strauss observa que é a mesma crença no vínculo entre o corpo e a alma que explica esses costumes e a abominação que por eles temos. Acrescentarei que se o direito positivo considera que os mortos já não são pessoas e consagra o desaparecimento dos cadáveres, deveríamos mostrar mais lógica e desinteressar-nos do corpo em que desapareceu o espírito. Enfim, o cristianismo não se apóia na eucaristia, mas na educação por certo sagrada, mas da qual se deve reconhecer que não deixa de ter ligação com as concepções dos “selvagens”? A excisão pode suscitar o mesmo tipo de reflexões, como ouvimos: podemos ao mesmo tempo almejar que o direito francês a proíba, compreender que ela possui na África outros significados e desejar que no futuro as preocupações identitárias que a podem fundamentar encontrem outros meios de se expressar. Noutras palavras, deve-se tomar consciência das relações que existem entre diferentes elementos de toda a cultura, sem o que nos expomos a enormes contra-sensos. Como enfatiza Lévi-Strauss, os índios das Planícies teriam considerado bárbaro o encerramento penitenciário pelo qual as nossas sociedades se resolveram há dois séculos, pois nada poderia ser pior para eles do que a ruptura dos laços sociais: desgraçado o homem só”. ROULAND, Norbert. **NOS CONFINS DO DIREITO**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Pg. 232

de eventuais penas e reprimendas jurídicas⁴⁵ aplicadas entre os Estados no plano da comunidade internacional.

Nesse contexto, a teoria sistêmica, no reverso, busca democratizar a visão da sociedade, tornando-a mais sociológica, científica.

A diferenciação não é mais colocada nas pessoas, mas é deslocada para ocorrer entre a relação destas e o sistema social, residindo no modo de comunicação, por assim dizer, (embora Luhmann não use esta expressão).

Para uma explicação sociológica dos fenômenos sociais, Luhmann coloca que “existe apenas a possibilidade de ver o homem, inteiramente, com corpo e alma, como parte do ambiente do sistema social”.⁴⁶

Neste aspecto, a teoria sistêmica, concebida na base de processos comunicativos, tem como escopo, pelo acoplamento, e constituído pela busca do consenso intersubjetivo, uma adequação do sujeito à sociedade global sem fronteiras de comunicação, onde o sentido das sociedades territoriais desaparece, fenômeno hodiernamente observado na sociedade pós-moderna.

Sendo mudança de paradigma na teoria de sistemas sociais, a teoria sociológica funcionalista sofreu mudanças radicais na sua evolução recente, marcada por impulsos interdisciplinares que concorrem para uma teoria geral de sistemas dinâmicos, vinda da física, da termodinâmica não linear de Prigogine e outros autores⁴⁷.

Com o desenvolvimento da cibernética, e a melhor compreensão dos aspectos biológicos que moldam o mundo, principalmente com o desenvolvimento do conceito de autopoiesis dos organismos vivos por autores como Maturana e

⁴⁵ “No século XX, a estas expressões se agregaram o interesse nacional definido em termos de poder, a política de poder (power politics) e o conceito de high politics. A high politics refere-se aos componentes essenciais da política de poder para os realistas, envolvendo os elementos militares, diplomáticos e estratégicos que definem a capacidade de projeção internacional do Estado e sua capacidade de projeção internacional do estado e sua capacidade de ação diante de unidades políticas semelhantes. Pode-se dizer que este termo indica os aspectos mais “nobres” da política internacional, pondo-se às questões sociais, culturais e econômicas dos Estados, pertencentes ao seu mundo doméstico, que representa a low politics. PECEQUILLO, Cristina Soreanu. **INTRODUÇÃO ÀS RELAÇÕES INTERNACIONAIS**. Petrópolis : Editora Vozes, 2004, pág. 121.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **DIE GESELLSCHAFT DER GESELLSCHAFT** [A sociedade da sociedade], 2 vol, Frankfurt, 1997, pg.30.

⁴⁷ “A primeira e talvez a mais influente descrição detalhada de sistemas auto-organizadores foi a teoria das “estruturas dissipativas”, desenvolvida pelo químico e físico Ilya Prigogine, russo de nascimento, prêmio Nobel e professor de físico-química na Universidade Livre de Bruxelas. O que mais intrigava Prigogine era o fato de que os organismos vivos são capazes de manter seus processos de vida em condições de não-equilíbrio. Ele ficou fascinado por sistemas afastados do equilíbrio térmico e começou uma investigação intensiva para descobrir exatamente em que condições há situações de não-equilíbrio podem ser estáveis”. CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix, 1996, pg. 80.

Varela⁴⁸, passando pela evolução da química orgânica, verificada nos trabalhos de Hermann Haken⁴⁹ e Manfred Eigen⁵⁰, no desenvolvimento da informática através da produção científica de Wiener⁵¹, e as descobertas dos fundamentos das redes neuro-eletrônicas, unindo a biologia à cibernética, produziu-se uma série de novos paradigmas⁵² científicos que estão abandonando as fronteiras tradicionais da ciência para influir em outras áreas do conhecimento humano, como as ciências sociais e o Direito.

A teoria de sistemas sociais não-lineares e complexos co-evoluiu praticamente com estas descobertas, colocando-se hoje em interação permanente com seus resultados, cada vez mais instigantes, transformando todos os conceitos e paradigmas tradicionais da ciência.

Tais teorias têm em comum a admissão e a evolução das chamadas “causas” ou “fatores”, pela inter-relação das partes que constituem um sistema,

⁴⁸ “Nas décadas de 70 e de 80, as idéias-chave desse primeiro modelo foram aprimoradas e elaboradas por pesquisadores de vários países, que exploraram o fenômeno da auto-organização em muitos sistemas diferentes, do muito pequeno ao muito grande – Ilya Prigogine na Bélgica, Hermann Haken e Manfred Eigen na Alemanha, James Lovelock na Inglaterra, Lynn Margulis nos Estados Unidos, Humberto Maturana e Francisco Varela no Chile. Os resultantes modelos de sistemas auto-organizadores compartilham certas características-chave, que são os principais ingredientes da emergente teoria unificada dos sistemas vivos”. CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix, 1996, pg.79

⁴⁹ HAKEN, Hermann e SCHIEPEK, Günter **SINERGIA NA PSICOLOGIA – COMPREENSÃO DA AUTO-ORGANIZAÇÃO SYNERGETIK IN DER PSYCHOLOGIE. SELBSTORGANISATION VERSTEHEN UND GESTALTEN**. Berlin : Hogrefe-Verlag, 2005.

⁵⁰ Manfred Eigen foi Director do Max-Planck-Instituto para Química Biofísica em Göttingen, Alemanha Ocidental, desde 1964. Em 1967, ele recebeu o Nobel-prêmio para Química. Ele foi ganho mundo-fama pelo dele “jogo de copo-pérola de chance.” É suposto que a teoria dele explica, como vida em Terra entrou em ser. Ele é um dos evolucioniste dianteiros do mundo. Vencedor de Nobel-prêmio Manfred Eigen também é um sócio da Academia Papal de Ciências. Em 1983 de dezembro, enquanto pesquisa na União soviética, Professor para Microbiologia ao Instituto de Filosofia em Moscou, me falou: “as teorias de Professor Oparin estão obsoleto agora na União soviética. A maioria dos cientistas soviéticos aceita a teoria nova de Professor Manfred Eigen agora.”. Por que a teoria de Professor Manfred Eigen substituiu agora até mesmo esses dos evolucioniste dianteiros na União soviética? Como tem a primeira célula viva Terra acesa surgido? Como os genes desta primeira cela entraram em ser? Manfred Eigen e os colegas de trabalho dele William Gardiner, Peter Schuster, e Ruthild Winkler-Oswatitsch declaram: “Como os primeiros genes desenvolveram, como eles melhoraram por competição, e como eles interagiram com enzimas primitivas, pode ser agora completamente repassado. Não chance, mas as leis naturais controlaram a origem de vida. [www.http://hanskrause.de/HKHPP/hkhpp_03_02.htm](http://hanskrause.de/HKHPP/hkhpp_03_02.htm)

⁵¹ “A cibernética logo se tornou um poderoso movimento intelectual, que se desenvolveu independentemente da biologia organísmica e da teoria geral dos sistemas. Os ciberneticistas não eram nem biólogos nem ecologistas; eram matemáticos, neurocientistas, cientistas sociais e engenheiros. Estavam preocupados com um diferente nível de descrição, concentrando-se em padrões de comunicação, e especialmente em laços fechados e em redes. Suas investigações os levaram às concepções de realimentação e de auto-regulação e, mais tarde, à de auto-organização. Essa atenção voltada para os padrões de organização, que estava implícita na biologia organísmica e na psicologia da Gestalt, tornou-se ponto focal explícito da cibernética. Wiener em particular, reconheceu que as novas noções de mensagem, de controle e de realimentação referiam-se a padrões de organização – isto é, entidades não materiais – que têm importância fundamental para uma plena descrição científica da vida. CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix, 1996, pg. 56

⁵² “Considero paradigmas as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas S. **A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo : Perspectiva, 2005, pg. 13

estabelecendo-se que nenhum fator ou causa são considerados suficientes para gerar um determinado efeito.

Nesse contexto, a sociedade é resultado de um longo processo evolutivo: a partir das inúmeras contingências, por meio de uma constante mutação e recombinação; o centro da dinâmica social é seu próprio processo de mutação, pondo a categoria ordem pública em segundo plano⁵³, estabelecendo que, evolução significa que o sistema funciona organicamente de forma estável⁵⁴, havendo um desdobramento sistêmico aproveitável e saudável resultante da atividade orgânica.

Esse desdobramento não é um processo linear ou mesmo contínuo, com regras pré-determinadas de forma rígida, dado que foge da racionalidade tradicional da sociologia, uma vez que o organismo se readapta de acordo com suas necessidades e, as mutações que daí são decorrentes, são capazes de explicar a dinâmica de um sistema complexo. Destaca-se que há separação entre os processos de variação e seleção, em que a maior parte das variações são excluídas em vista do conservadorismo da realidade social.

No entanto, com a evolução, o que ocorreu foi a multiplicação das possibilidades de derivação social, transformando a própria realidade social pela adição de novos elementos, como a informática, a evolução dos meios de comunicação, a ampliação das relações comerciais e sociais, podendo transformar determinadas realidades em meros simulacros sociais, ocorrendo, desta forma, uma constante aceleração dos processos sociais, não verificáveis outrora⁵⁵, inexistindo, pois, um processo estacionário, mas uma constante transição.

⁵³ “Fala-se de ordem pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos. Em primeiro lugar, no direito público defende-se desde há muito tempo uma concepção material ou objetiva da ordem pública que é semelhante à que vigora na área política. A ordem pública é concebida ao mesmo tempo como uma circunstância de fato como um fim do ordenamento político e estatal e nesse sentido o encontramos na legislação administrativa, policial e penal como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, enquanto que a jurisprudência tende a ampliar o conceito material de ordem pública até fazer nele incluir a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições como a propriedade”. BOBBIO, Norberto. **DICIONÁRIO DE POLÍTICA**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, pg, 851

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **DIE GESELLSCHAFT DER GESELLSCHAFT** [A sociedade da sociedade], 2 vol, Frankfurt, pg. 417.

⁵⁵ “Desta vala imunda a maior corrente da indústria humana flui para fertilizar o mundo todo. Deste esgoto imundo jorra ouro puro. Aqui a humanidade atinge o seu mais completo desenvolvimento e sua maior brutalidade, aqui a civilização faz milagres e o homem civilizado torna-se quase um selvagem”. TOCQUEVILLE, Alexis. **JOURNEYS TO ENGLAND AND IRELAND**. Manchester : Editora J.P. Mayer, 1958, pg.107-108 in HOBBSAWM, Eric. **A ERA DAS REVOLUÇÕES, EUROPA 1789-1848**, Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1977, pg. 49

O raciocínio leva à conclusão de um organismo em escala mundial, revelado em um macro-sistema de alta complexidade, possibilitado pelo aperfeiçoamento das comunicações e conseqüente redução de distâncias pela comunicação em tempo real com qualquer lugar do mundo, acelerando os processos sociais por torná-los parte do cotidiano de vida de cada um, tornando o mundo o agregado de todas as relações comunicativas, ocorrendo novos paradigmas e códigos subjacentes, como inclusão ou exclusão, estratificação ou adequação social⁵⁶, investimento ou não investimento, etc.

⁵⁶ “As classes são agrupamentos que emergem da estrutura de desigualdades sociais, numa sociedade que reconhece que todos os homens, ou melhor, todos os cidadãos, são formalmente iguais perante a lei”. BOBBIO, Norberto. **DICIONÁRIO DE POLÍTICA**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2004, pg. 170-171.

3 MORFOLOGIA DO SUBSISTEMA JURÍDICO

O ordenamento jurídico, em uma perspectiva positivista⁵⁷, pensada por Hans Kelsen, tem um modelo eminentemente calcado na contradição entre dever ser e ser.

Esse paradigma estabeleceu-se, principalmente, pela assertiva de Kant de que, enquanto a natureza obedece às leis da causa e efeito, o ser humano está submetido à regra da imputação⁵⁸ por não ser guiado pelo mundo das necessidades, mas sim pelo mundo da liberdade⁵⁹.

No entanto, em Kelsen, o Direito está reduzido a um sistema de normas que determinam seu definitivo afastamento do Direito Natural⁶⁰ e do universo dos valores sociais comuns⁶¹.

Ressalta-se que Kelsen não é um pensador da Sociologia, pois a Teoria Pura do Direito é uma teoria de cunho normativista e analítica do ordenamento jurídico, e o Direito é um sistema de normas e não um complexo de ações humanas in concreto.

⁵⁷ “A expressão positivismo jurídico não deriva daquela de positivismo em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos também eram do ponto de vista do positivismo filosófico: mas em suas origens nada tem a ver com positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão positivismo jurídico deriva da locução direito positivo contraposta àquela do direito natural”. BOBBIO, Norberto. **O POSITIVISMO JURÍDICO**. São Paulo : Ícone Editora, 1999, pg. 15

⁵⁸ “Tal duplicação da realidade decorre, por sua vez, da pressuposição de que os dois âmbitos são regidos por “princípios” diferentes, mais precisamente o princípio de causalidade e o princípio de imputação. O princípio de imputação não indica uma necessidade natural (como a que liga o efeito à causa), factual (como o princípio de causalidade), mas um dever-ser, uma imprescindibilidade, uma obrigatoriedade”. PALOMBELLA, Gianluigi. **FILOSOFIA DO DIREITO** ; tradução Ivone Benedetti ; São Paulo : Martins Fontes, 2005, pg. 162

⁵⁹ “A vontade pode compreender o arbítrio, assim como o simples desejo, entendendo por isso que a razão pode determinar em geral a faculdade apetitiva. O arbítrio que pode ser determinado pela razão pura chama-se livre-arbítrio. O arbítrio que não é determinável a não ser por inclinação (movil sensible, stimulus) é um arbítrio animal (arbitrum brutum). O arbítrio humano, ao contrário, é tal que pode ser afetado por motivos, porém não determinados e não, consequentemente, puramente por si (sem hábito adquirido da razão): pode, todavia, ser impelido à ação por uma vontade pura”. KANT, Immanuel. **DOCTRINA DO DIREITO**. São Paulo : Ícone Editora, 1993, pg. 22

⁶⁰ “a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachou) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto. b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva”. BOBBIO, Norberto. **O POSITIVISMO JURÍDICO**. São Paulo : Ícone Editora, 1999, pg. 17

⁶¹ “A autonomia epistemológica da ciência do direito depende da irredutibilidade do seu objeto (o direito) aos fatos sociais que ele disciplina: a ciência só pode ser pura e pertinente ao fenômeno ideal e normativo que o direito é; a separação entre fatos e normas decorre de uma duplicação ontológica do mundo, ou seja, de pertencerem eles, respectivamente, ao mundo do ser (Sein) e ao mundo do dever-ser (Sollen)”. PALOMBELLA, Gianluigi. **FILOSOFIA DO DIREITO**. tradução Ivone Benedetti ; São Paulo : Martins Fontes, 2005, pg 161.

No entanto, a despeito do ímpeto normativo, ao Direito aplica-se a sociedade, construindo um modelo sociológico bastante peculiar, que surge do amoldamento da Teoria Pura⁶² à sociedade, e trata questões sociológicas de um ponto de vista macroscópico.

Tal afirmativa se dá pelo fato de que a Teoria Kelseniana é alheia às questões valorativas ou axiológicas; ela busca apartar-se da sociologia jurídica e constrói a jurisprudência como uma ciência do espírito (*Geistwissenschaft*), e delimita um objeto de estudo, próprio das Ciências Jurídicas, separado de desenvolvimentos éticos e sociológicos⁶³, ou mesmo do sujeito.

A ciência jurídica, tal como pensada por Kelsen, é um sistema coercitivo de normas, e elabora, a partir desse pressuposto, vários conceitos e elementos, como “pessoa jurídica”, “relação jurídica”, “constituição”, “revolução”, entre outros, e busca isolar a aplicação de elementos típicos da ciência do Direito de valores advindos de outras áreas do conhecimento humano, notadamente a Sociologia, inclusive estabelecendo que, mediações como Direito e Estado são entidades únicas.

Em sua concepção, à semelhança de Kant⁶⁴, Kelsen diferencia que o homem não vive segundo as leis da natureza, de causa e efeito, mas por intermédio de outras regras, denominadas lei de imputação, e que nestas regras o homem, enquanto ser inserido em uma sociedade, constrói seus interesses e interações através de regras e princípios próprios, diferentes do resto do ambiente, e que o elemento conector é a imputação, a atribuição de direitos e responsabilidades a

⁶² A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito em geral, não de uma ordem jurídica especial (...) Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve (ele) ser feito. (...) Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000 , pg. 15

⁶³ “Do ponto de vista do método, Kelsen foi rigoroso a ponto de ser monótono; em seus ensaios sobre o direito ele retoma, revê e aperfeiçoa continuamente o tema da pureza metodológica, ou seja, do estudo do direito em si e por si, sem influências de outras disciplinas. Do ponto de vista da temática, ao contrário, Kelsen tratou também dos temas sociológicos e éticos ligados à ordenação jurídica, mas sempre com a constante preocupação de manter a distinção entre a metodologia jurídica e a de outras disciplinas. No fundo, a sociologia e a justiça interessam-no apenas na medida em que interferem no direito”. KELSEN, Hans. **O PROBLEMA DA JUSTIÇA**. São Paulo : Martins Fontes, 1998, pg. IX.

⁶⁴ “Toda a legislação se compõe de duas partes (quer sendo na prescrição de atos internos ou externos, sendo indiferente que estes sejam exigidos a priori pela simples razão, ou pelo arbítrio de outro); em primeiro lugar, de uma lei que apresenta como objetivamente necessária a ação que deve ser executada, isto é, que faz da ação um dever; em segundo lugar, de um motivo que relaciona com a representação da lei o princípio que determina subjetivamente o arbítrio a essa ação. Esta segunda parte equivale, portanto, a que a lei faça do dever um motivo. A lei representa a ação como dever; o que é um conhecimento puramente teórico da determinação possível do arbítrio, isto é, da regra prática. O motivo relaciona a obrigação de agir de tal maneira com o princípio determinante do arbítrio em geral no sujeito”. KANT, Immanuel. **DOCTRINA DO DIREITO**. São Paulo : Ícone Editora, 1993, pg. 30

outrem pelo grupo. Kelsen considera que a causalidade é somente uma manifestação degenerada da 'lei do talião'.

Surge uma ciência que tem por cenário a sociedade, embora não busque tratar os indivíduos como objeto, por aquela ter o papel de mera conexão normativa entre os elementos; é uma modalidade de pensamento em que os seres humanos e suas complexas redes de relações não estão incluídos, uma vez que o tecido social é visto somente em perspectiva, e também considera os elementos sociais de forma bastante peculiar através do complexo de normas que nascem das relações subjacentes ao tecido social, analisando, por exemplo, eventos como a morte, o casamento, etc., não como relações entre indivíduos, mas como um conjunto de feixes normativos, com consequências e desdobramentos legais.

A análise social se dá exclusivamente no campo normativo, voltado para processar todos os fenômenos de acordo com os cânones hermenêuticos.

Nesta postura, Kelsen busca atacar o mundo da causalidade atrelado a um conjunto infinito de elos, atribuindo às relações imputações normativas de caráter científico.

No sistema de imputação não se pergunta a causa para obter o fundamento de algo, mas, havendo determinado evento, necessariamente deverá haver a resposta, que terá uma norma para ordenar aquele acontecimento, que, por sua vez, será justificada por outra, dentro da lógica peculiar da nomodinâmica⁶⁵.

Observando-se uma profunda diferença entre sociedade humana e natureza, que corresponde à diferença entre ciências naturais e ciências normativas, onde aquelas tratam de fenômenos que são regidos pelo princípio da causalidade enquanto que estas trabalham com fenômenos de acordo com o princípio normativo, dividem as ciências em ciências naturais, sociais causais e sociais normativas, sendo que as duas primeiras trabalham no campo causal enquanto as outras no campo normativo. No entanto, cumpre ressaltar que, a jurisprudência não é uma ciência prescritiva, apesar de trabalhar com enunciados normativos, uma vez que o

⁶⁵ "A relação entre normas, típica dos sistemas estáticos, tem natureza de implicação conteudística, em virtude da qual é possível deduzir de normas de caráter mais geral o conteúdo de normas de caráter mais específico, que está logicamente implícito nas primeiras; ao contrário, a relação de delegação resolve-se na atribuição do poder de produção normativa a uma instância inferior, não implicando nenhuma limitação necessária em termos de conteúdo. A relação no primeiro caso é de derivação material e espelha um sistema construído com base em pressupostos de valor, em opções fundamentais de "mérito", como o moral ou o de direito natural etc. No segundo caso a relação é de derivação formal". PALOMBELLA, Gianluigi. **FILOSOFIA DO DIREITO** ; tradução Ivone Benedetti ; São Paulo : Martins Fontes, 2005, pg. 170

jurista, ao descrever o sistema de normas, não necessita considerá-lo justo ou mesmo passível de uma valoração diferenciada.

Com o advento do estado nazista, o paradigma positivista puro foi violentamente abalado pelas atrocidades cometidas, circunstância que originou o que se conhece como pós-positivismo jurídico, acarretando, à Teoria Pura do Direito, as dimensões axiológicas, até então na teoria positivista ausentes, como a ética, a moral e o valor.

Evidentemente que, após toda a caminhada que o Direito percorreu nos últimos séculos, não se pode conceber apenas um simples resgate do jusnaturalismo, mas, sim, uma construção imbuída de uma nova arquitetura epistemológica para o Direito⁶⁶, que trouxe a normatização de valores que buscaram proteger bens jurídicos, equilibrados pelo interprete⁶⁷, dentro de uma ótica de elaboração de um modelo constitucional previamente estabelecido pelo poder político legítimo, não limitando o Direito à aplicação de regras pura e simplesmente, mas construindo a chamada jurisprudência dos valores⁶⁸.

⁶⁶ “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, que considera exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica”. HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pg. 13

⁶⁷ “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*..weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuen mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL : A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E “PROCEDIMENTAL” DA CONSTITUIÇÃO**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, pg. 13

⁶⁸ “A jurisprudência está “na sua essência, mediante a aplicação das valorações legais, nos antípodas de uma valoração autônoma” (do juiz). As leis são, de acordo com esta concepção, pelo menos no âmbito do Direito privado, instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha de ceder a outro na exata medida em que este possa prevalecer. Esta prevalência consubstancia uma valoração, para a qual o legislador pode ser determinado pelos mais variados motivos. O legislador, para além de valorar interesses individuais ou de grupo, tem também certamente em conta pontos de vista de ordenação – assim, por exemplo – exigências do tráfego, a necessidade de segurança jurídica. O modo como valora esses distintos interesses e necessidades nos respectivos nexos de regulação e como confere prevalência a qualquer um deles plasma-se na regulação por ele encontrada e decorre desta, bem como das manifestações dos participantes no processo legislativo”. LARENZ, Karl. **METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian, 1997, pg. 163 e 164.

Isso se dá justamente pelo fato de que o Direito, face à nova realidade, teve que romper com os rígidos limites epistemológicos trazidos por Kelsen⁶⁹, ocorrendo o rompimento do paradigma, conforme previsto por Kuhn⁷⁰.

Fazendo remissão ao pensamento de Luhmann, não se pode, portanto, trazer uma nova função eminentemente funcionalista do Direito, sob pena de haver um retrocesso nas evoluções verificadas, tão duramente conquistadas.

Neste espírito, também cumpre destacar que a sociedade evoluiu de forma a produzir um nível maior de complexidade, o que fatalmente transborda os limites do modelo positivista tradicional, correspondendo, no pensamento de Luhmann, ao surgimento de novos subsistemas em uma perspectiva de processo de especificação e diferenciação funcional que, conforme já abordado, terão como característica a reclusão operacional e, portanto, autonomia em seus processos dentro do complexo orgânico, sendo esta autonomia composta por vários subsistemas autônomos.

O Direito está situado como um subsistema, com funções e códigos próprios, devidamente acoplados ao organismo social, para com ele interagir e influenciar, estabilizando expectativas de comportamento e evitando que tais atuações individuais possam afetar o conjunto orgânico.

No entanto, o subsistema Direito tem uma relação bastante relevante com o subsistema político - que trabalha com os subsídios fornecidos pela opinião pública e informa a tomada de decisões capazes de proporcionar uma vinculação coletiva⁷¹.

Cumpre destacar, no entanto, que a construção de uma nova dimensão do Direito Constitucional, como âmbito jurídico estruturador do ordenamento, coloca o indivíduo em uma concepção de complexidade sem precedentes, uma vez que este passa a gozar de extenso patrimônio jurídico firmemente ancorado em plataforma constitucional e, a partir dela, é agressivamente defendido no plano da modernidade⁷². Na Idade Média e Antiga os modelos sociais eram muito mais

⁶⁹ KELSEN, Hans. TEORIA PURA DO DIREITO. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁷⁰ KHUN, Thomas S. A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. **EL DERECHO DE LA SOCIEDADE**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, pg. 490.

⁷² “o que conhecemos com o nome de modernidade começa quando desaparece a idéia de uma ordem universal – seja ela imanente ao cosmos ou transcendente a ele. Em outras palavras, a modernidade começa quando termina a idéia de “mundo” (espaço infinito, dotado de centro e de periferia e de “lugares” naturais) e de hierarquia natural dos seres, cedendo para as idéias de universo infinito, desprovido de centro e de periferia, e de indivíduo livre, átomo no interior da Natureza e para o qual já não possuímos a definição prévia de seu lugar próprio e, portanto, de suas virtudes políticas. A modernidade afasta a idéia (medieval e renascentista) de um universo regido por forças espirituais secretas que precisavam ser decifradas para que com elas entremos em

estratificados por figuras, como a de nobre, plebeu, pagão, cristão, bárbaro, etc, em um plano social rígido, e tornava a perspectiva de transposição de condição e camadas, no plano social, praticamente impossível⁷³.

No modelo atual, em um plano de igualdade formal perante a lei, e após a construção da igualdade material, o plano do indivíduo mostra-se mais complexo e igualmente equilibrado pelo nivelamento a um mínimo constitucional trazido para todos os indivíduos que possuam o vínculo jurídico com o Estado, chamado cidadania, momento inaugurado e depois, a duras penas, aperfeiçoado pela Revolução Francesa.

A nova realidade proporcionou variantes à mecânica social, uma vez que por ter o sujeito outras possibilidades e horizontes em sua existência, proporcionados pelo Direito, pôde interferir e interagir cada vez mais com o meio ambiente social por ter novos e diferentes estímulos.

Neste aspecto, Luhmann considera que a complexidade não se constitui como obstáculo para a construção do sistema, que se organiza no sentido de reduzir tal complexidade e estabelece seus limites, mas sim, busca fornecer elementos analíticos que possibilitem a compreensão, ao meio social, de seus códigos e subsistemas, e que pode restringi-los e estabelecer, desta forma, um ambiente menos complexo que o próprio meio ambiente.

Tal fechamento traz a característica da auto-referenciação e auto-reprodução, que estabelece o que pertence ao próprio sistema ou não, o que ganha relevância quando aplicado ao próprio sistema jurídico, dotado de linguagem específica e peculiar, altamente referenciado e com acoplamento social bastante complexo, visto as relações que o judiciário e o sistema positivista construíram com a sociedade, uma vez que as interpretações feitas pelo sistema jurídico sobre a sociedade partem dos pressupostos de sua própria linguagem, do próprio código, que produzem as informações e identificam o 'distúrbio intra-sistêmico', ocultando os paradoxos existentes intimamente, estabelecendo seu caráter funcional, baseado no fenômeno da autopoiese.

comunhão. O mundo se desencanta – como escreveu Weber – e passa a ser governado por leis naturais racionais e impessoais que podem ser conhecidas por nossa razão e que permitirão aos homens o domínio sobre a Natureza. CHAUÍ, Marilena. **PÚBLICO, PRIVADO, DESPOTISMO**. In: NOVAES, Adalberto (org.). **ÉTICA**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pg. 350

⁷³ Interessante observar na produção literária da época inúmeros autores que tratam essa imobilidade social e a injustiça dela decorrente, principalmente os franceses, como se observa em Victor Hugo (Os Trabalhadores do Mar, Os Miseráveis) Alexandre Dumas (Os três Mosqueteiros, o Homem da Máscara de Ferro) e mais tarde, já no período da República Francesa, com Émile Zola (Germinal).

Por meio do acoplamento estrutural ocorrerá, então, a convivência entre os vários âmbitos do organismo social - por uma atividade seletiva do que pode ou não ser absorvido, e as que anulam as chamadas irritações, as confrontações entre uma ordem interna e externa do sistema.

No caso do sistema jurídico, o acoplamento é peculiar, uma vez que a função ocorre por meio da Constituição, que faz a ligação estrutural da Política, subsistema altamente sensível em razão da opinião pública, e o Direito, que irá estabilizar o comportamento social.

Neste aspecto, deve-se observar a Constituição como elemento aglutinador, gerado em um sistema para atuar noutro, e a sua defesa por tribunais constitucionais é extremamente relevante.

O Direito, como destacado, apresenta-se especificamente para resolver problemas surgidos no âmbito da comunicação social quando o processo de comunicação não basta em si mesmo, devendo manifestar-se através de expectativas de orientação, que implicam em prolongamento no tempo, buscando, frente a um futuro incerto, estabelecer variáveis, modificando-as na medida em que a sociedade ajusta-se a um projeto de futuro.

Portanto, o esquema sistêmico de repetição ganha relevância, por estabilizar a tensão intra-sistêmica e reduzir possíveis conflitos que possam gerar instabilidade orgânica.

Há tensão entre as dimensões temporal e social, o que possibilita o não cumprimento da norma - pelo desvio de condutas, o que pode ser a favor ou contra determinada expectativa.

Neste âmbito, Luhmann trabalha com a idéia de força normativa⁷⁴, atribuindo ao Direito a função diferenciadora em relação ao sistema político.

Para a aplicação do Direito, há a dependência da política, não havendo a perspectiva de coerção e inexistência de estabilidade normativa passível de respeito que seja atribuível ao plano social. Por sua vez, o sistema político utiliza-se do

⁷⁴ "A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade. Não se trata, à evidência, de revelação nova. Ela permanece uma obviedade para a Teoria do Estado do Constitucionalismo, para qual uma separação entre a Constituição jurídica e o todo da realidade estatal ainda se afigura estranha". HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pg. 16

Direito para pavimentar e diversificar o acesso ao poder político concentrado nas instituições inerentes à existência do Estado.

Cumprir advertir que não mescla ou traz distúrbios entre os sistemas jurídico e político, uma vez que a diferenciação funcional é bastante clara e preexistente, e pelo fato do código da política ser um código de poder soberano, eminentemente coercitivo, enquanto a norma, em sua aplicação, não pressupõe nenhuma superioridade de poder por parte de quem a articula.

Neste sentido, a Constituição é resultado de critérios racionais, fruto da evolução geral da sociedade, sendo considerada, por muitos, o marco entre a ruptura com o Direito Natural, triunfando o Direito Positivo sobre aquele, por amarrar de forma completa o poder institucionalizado.

A Constituição é o fundamento e o vínculo do Direito, sendo para Luhmann o elemento fundamental diferenciador entre o Direito e a Política, e que irá realizar o papel do acoplamento estrutural, embora mantenha a autonomia dos dois sistemas, entre dois campos bastante característicos - a soberania popular e o caráter positivo e coercitivo da norma jurídica.

Com o advento da Revolução Francesa, o conceito de Constituição e o papel da norma ganham maior relevância, como instrumento assegurado de Direitos e autonomia jurídica do indivíduo, e dando continuidade a um processo evolutivo vindo das experiências norte-americana e inglesa, a despeito de suas diferenças conceituais⁷⁵.

Esse novo elemento contingencia o Direito, pois o fato do legislador criar a norma, não significa necessariamente que a atividade legislativa será lícita, uma vez

⁷⁵ “Em 1789, França recebe a noção inglesa de Constitution conjuntamente com as suas imprecisões e, sobre essa matriz, limita-se a discutir as dimensões da reorganização sempre necessária dos papéis. Nos Estados Unidos, em contraposição à situação jurídica inglesa, acentua-se a unidade do texto constitucional redigido de forma codificada. O que requer precisão conceitual que trouxesse a distinção entre a Constitution e os demais Direitos, em clara discrepância com a utilidade lingüística inglesa. Frequentemente se compreende também que é uma distinção que possibilita que se deixe na indeterminação aquilo que se distingue. A Constituição não é senão este texto e nenhum outro. É de se acrescentar ainda que a ocasião da revolução política conduz à pretensão de se limitar juridicamente às possibilidades de ação de qualquer órgão do Estado, ou seja, à ruptura da onipotência do próprio Parlamento. O que, por sua vez, produz efeitos posteriores e reduz a que se conclua que a Constituição deva ser superior no ordenamento em relação a todos os demais direitos. Essa noção só surge após a Declaração da Independência de 1776. Portanto, deve ser ela entendida como a inovação de origem política no interior do próprio sistema jurídico: no passado, havia, é certo, a idéia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a noção de que surgisse uma lei que servisse de medida da conformidade ou não-conformidade ao direito de todas as outras leis e atos jurídicos. Esse posicionamento particular encontra a sua manifestação no fato de que a Constituição, por sua vez, liga-se com o direito e contém uma regra de colisão para a hipótese de uma contradição entre ela e o sistema jurídico. A Constituição atribui a si própria a supremacia e rompe com a regra segundo a qual *lex posterior derogat legi priori*. Essa estrutura "autológica," que se auto-inclui no próprio âmbito de regulamentação, evidencia como a Constituição encontra-se destinada a se tornar direito velho”. LUHMANN, Niklas. **IL FUTURO DELLA COSTITUZIONE**. Torino: Einaudi, 1996, pg. 03.

que o vetor diferenciador que atribuirá validade é a Carta Constitucional, assumindo, desta forma, o Direito a característica básica de qualquer sistema, que é a auto-referenciação dada pelo código binário próprio de direito e não direito, atribuindo unidade e sustentabilidade.

Em Luhmann, portanto, ao gerar a norma, o legislador deve ater-se aos cânones legais, característicos do sistema jurídico e não de forma diferenciada ou mesmo única e exclusivamente pela vontade política, tendo a Constituição o papel de fechamento por meio do reingresso sistêmico.

O texto constitucional desloca as bases do Direito Natural para um sistema autológico, fechando o processo de referenciamento.

Em relação ao sistema político, a base constitucional interage com a questão da soberania política, que pode ter vinculação ou não no sistema jurídico⁷⁶ por meio da Constituição, que faz o acoplamento entre o sistema político e jurídico, conferindo unidade do sistema por meio do controle de constitucionalidade.

A questão do acoplamento entre o sistema jurídico e sistema político reserva a busca de uma fórmula entre a conciliação da soberania política e as estreitas do ordenamento jurídico, uma vez que a mecânica das decisões, no sistema jurídico, ocorrem de forma diferenciada⁷⁷.

No entanto, no âmbito político são prementes os problemas de autoreferenciabilidade que conflitam com o jurídico. Uma vez que a noção de soberania prima por mecanismos decisoriais próprios, divergem em conceitos tradicionais do Direito, como processo legal e segurança jurídica, havendo, ainda, a agravante da vinculatividade para todos que estão sob o manto do poder estatal, e este orientado pelas decisões políticas como diretriz de todo um sistema por meio do soberano que, em nosso caso, é o povo.

⁷⁶ “art. 66, §1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente inconstitucional no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL** : promulgada em 5 de outubro de 1988”. São Paulo : Editora Saraiva, 2006, pg. 66

⁷⁷ Cumpre observar que o pensamento de Maquiavel deve ser contextualizado por uma prática distanciada de alguns conceitos éticos mais consistentes e que se aproximam mais de um jogo político desvinculado de qualquer compromisso do que uma visão de atuação política voltada ao bem estar: “De qualquer maneira é certo que Maquiavel nos ensinou a julgar as ações do príncipe segundo as vantagens que oferece para o Estado, e não segundo seu valor moral; em outras palavras, segundo a conformidade aos fins da conquista e da manutenção do Estado, e seguramente não segundo a bondade intrínseca das mesmas. A ação suscita, moralmente, horror. Mas o julgamento político é um outro: aquela ação foi útil ou não para o Estado? Quando fala das virtudes e dos vícios dos príncipes, ele não se refere às virtudes e aos vícios dos quais falam os moralistas: virtudes são as qualidades idôneas à conservação do Estado, vícios são as que levam à destruição do Estado”. BOBBIO, Norberto. **DIREITO E ESTADO NO PENSAMENTO DE EMANUEL KANT**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1992, pg. 14.

O acoplamento funciona como elemento de equilíbrio entre os dois subsistemas, uma vez que a política encontra sua referência no texto constitucional, e ganha denominações que abrangem os dois sistemas, lei fundamental (Grundgesetz) e Carta Política, demonstrando, assim, sua dupla feição, a despeito da incongruência sistêmica, e, sim, pela diferenciação inerente dos dois sistemas, equilibrada pela atividade dos tribunais constitucionais de filtrar, da atividade política, as suas repercussões em um código direito e não - direito⁷⁸.

As discussões referentes a essas características encontram eco na discussão sobre o papel da Constituição, ocorrida em Schmitt e Kelsen, sendo que Schmitt entende a Constituição como decisão política, fundamental do povo, e Kelsen compreendendo a Constituição como vértice do sistema político.

Neste aspecto, a Constituição não pode ter seu fundamento de validade em elementos externos, uma vez que, na ótica de Luhmann⁷⁹, acarretaria a corrupção do organismo como um todo, pois não haveria a autopoiese, dado que, nesse contexto, o sentido semântico da Constituição é outro - por integrar a dimensão política e jurídica do organismo social.

A leitura de Schmitt de que a Constituição é elemento de uma decisão política⁸⁰, igualmente mostra-se inconsistente por submeter o sistema jurídico

⁷⁸ "O problema fundamental que preocupa os "constitucionalistas" é o seguinte: se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Como se pode impedir o abuso do poder? Não se pode impedir, senão de um modo: limitando-o. Trata-se então de descobrir as várias formas para impedir o abuso do poder: as teorias políticas modernas estão todas voltadas para a busca de uma solução com relação a este problema". BOBBIO, Norberto. **DIREITO E ESTADO NO PENSAMENTO DE EMANUEL KANT**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1992, pg. 15.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **EL DERECHO DE LA SOCIEDADE**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

⁸⁰ "A teoria material da Constituição, em Carl Schmitt, assenta basicamente sobre a distinção que ele faz entre Constituição e lei Constitucional. Sem essa distinção, não é possível estabelecer o conceito de Constituição. A Constituição se define como a decisão global e fundamental acerca de espécie e da forma de unidade política. Exemplifica Schmitt com várias Constituições, entre as quais a Constituição Francesa de 1791, que trouxe a decisão política do povo francês a favor da monarquia constitucional ou a Constituição de Weimar, com sua decisão fundamental por formas políticas que compõem a "substância da Constituição", tais como a Democracia, a república, a estrutura federativa, a forma representativa parlamentar de governo e o Estado de Direito burguês e seus princípios relativos aos direitos básicos e à separação de poderes. A Constituição possui assim sentido político absoluto, não podendo sua essência ficar contida numa lei ou numa norma. É exatamente essa impossibilidade que faz possível, segundo Schmitt distinguir a Constituição de Lei Constitucional. O constitucionalista, ao mostrar que a Constituição não pode dissolver-se num conjunto de leis constitucionais, repeliu, como erro, a assertiva de Bernatzik, de que a transformação da Constituição numa "espécie de lei" fora "uma conquista da cultura política contemporânea". A Constituição – unidade política – se caracteriza, na acepção de Schmitt, por seu profundo valor existencial. Ao culto da norma, ele contrapõe o culto do fato, às regras formais os valores existenciais. O político prepondera sobre o jurídico, de tal forma e com tamanha extensão, que após haver distinguido os conceitos de Constituição e Lei Constitucional, Schmitt afasta toda a possibilidade de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes por uma Corte Constitucional". BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. São Paulo : Malheiros Editores, 2003, pgs. 103-104

totalmente às nuances do sistema político⁸¹, podendo acarretar o surgimento de regimes totalitários⁸².

Não obstante, o debate entre Schmitt e Kelsen⁸³ muito contribuiu para a atribuição do judiciário como guardião da Constituição, pois faz a mediação entre a vontade do soberano e os princípios constitucionais.

No entanto cumpre ressaltar que, com a evolução do constitucionalismo, a interpretação constitucional ganha maior relevância por passar a ser em função da sociedade como um todo, conforme destaca Häberle⁸⁴.

O texto constitucional, em uma perspectiva moderna, é o grande elemento mediador de conflitos dentro dos vários sistemas, cabendo ao órgão constitucional o papel de órgão nivelador da aplicação da Constituição, uma vez que a falta de uma decisão definitiva acerca de aplicação da Constituição em determinados aspectos causaria instabilidade ao sistema jurídico - por colocar à prova sua autoridade como aplicador da lei.

A teoria dos sistemas não acompanha esta sistemática, por observar-se, no papel do tribunal constitucional, a invasão da competência legislativa, subvertendo a sagrada separação dos poderes, uma vez que os membros do tribunal passam a utilizar-se de elementos supra-legais na atividade de interpretação e aplicação constitucional, produzindo, a partir deste ponto, texto legal, subvertendo o esquema de acoplamento estrutural.

⁸¹ "A contigüidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *Politische Theologie* (Schmitt, 1922). Embora sua famosa definição do soberano como "aquele que decide sobre o estado de exceção" tenha sido amplamente comentada e discutida, ainda hoje, contudo, falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tantos juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma *quaestio facti* do que como um genuíno problema jurídico". AGAMBEN, Giorgio. **ESTADO DE EXCEÇÃO**. São Paulo : Boitempo Editorial, 2005, pg. 11

⁸² "O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político". AGAMBEN, Giorgio. **ESTADO DE EXCEÇÃO**. São Paulo : Boitempo Editorial, 2005, pg. 13

⁸³ AGAMBEN, Giorgio. **ESTADO DE EXCEÇÃO**. São Paulo : Boitempo Editorial, 2005

⁸⁴ "A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista". HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL : A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E "PROCEDIMENTAL" DA CONSTITUIÇÃO**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, pgs. 30-31

Há uma relação assimétrica entre legislação e jurisprudência - que busca evitar que haja um ciclo vicioso, e proporciona ao tribunal criar o mesmo direito que aplica - o que, atualmente, ganha relevo com o advento da súmula vinculante.

A aplicação de princípios constitucionais tem o papel de acoplar justamente as aspirações de um sistema político, onde o soberano estabelece os valores relevantes na aplicação do Direito, informando o sistema judiciário, encabeçado pelo tribunal constitucional, justamente os princípios informadores do sistema jurídico, conferindo aí harmonia e unidade ao organismo jurídico, projetando efeitos futuros e robustecendo a aplicação do direito por ter a Constituição sempre duplo caráter: elemento fundamental de dois sistemas: o jurídico e o político.

O texto constitucional passa a ser o elemento agregador e referenciador das decisões judiciais e administrativas; estas últimas, em grande escala, afeitas às decisões de natureza política, estabilizando o organismo social, uma vez que busca corresponder às expectativas, cristalizadas nos princípios constitucionais⁸⁵.

Nesse aspecto, ao contrário do que Luhmann⁸⁶ apregoa, os tribunais aplicam valores sociais juridicamente cristalizados, não decidindo somente em um código direito ou não – direito, mas utilizando-se de uma larga hermenêutica⁸⁷ axiológica⁸⁸.

⁸⁵ Com uma diferenciação do direito mais intensa e uma sistematização mais vigorosa de sua autonomia, este leque de ofertas de soluções parece haver perdido sua plausibilidade. Foi substituído, como se já se conhecesse Gödel, pela hipótese de que a unidade lógica do sistema não pode ser produzida de forma interna, senão *ab extra*. *Ab extra*, de início, é a vontade e a especial providência divina. Ao longo da secularização, este lugar foi ocupado pelo conceito de poder político (que se trasladou paulatinamente desde a "potesta" à "potentia" e à "vis"). Depois da derrocada da estrutura contratual do direito natural, que somente pôde justificar-se circularmente e não foi capaz de solucionar o problema do direito à resistência, restou apenas a possibilidade de reduzir a origem do direito à violência pura. Kant sistematiza esta idéia. Desde então, tem-se aceitado a concepção de que a violência, sem ser juridicamente qualificável em sua origem, conduz, inobstante, ao estado legal - ou, para expressá-la em uma formulação mais recente: in "ogni violenza vi è un carattere di creazione giuridica". Entretanto, a origem na violência não é compreendida como uma tese histórica que não tenha nada a ver com a atualidade. Se se interpretasse historicamente a tese da origem do direito na violência, isto conduziria somente à auto-referência, quer dizer, à concepção de que o direito, à medida em que se distanciava de sua origem, deveria constituir-se em origem de si mesmo. Não obstante, a violência é um contínuo fenômeno secundário do direito, ainda que externo. A partir do ponto de vista do direito, que se utiliza da violência legal e não daquela contrária à lei, trata-se da externalização daquelas diferenças lógicas do direito, de forma a admitir o paradoxo constituinte. Diz-se assim: que o sistema jurídico pode superar toda classe de imprecisões, contradições estruturais, "lacunas", etc., já que, ao final, o poder político apóia tudo o que se decide. A referência externa da violência é reintroduzida no sistema como ambigüidade. A ambigüidade é vertida nos textos, e com ajuda deles pode-se demonstrar que, no caso concreto, é todavia possível clarear algo. A "estrutura profunda" que produz as regras e os argumentos é, em última instância, o poder juridicamente condicionado. Já que -como no caso do paradoxo tampouco se pode modificar este fato, somente resta a possibilidade de cuidar da cultura jurídica e envolver a violência com as filigranas de figuras idealizadas com esmero, de forma que, em circunstâncias normais, somente se chega a decisões pontuais que se qualificam ou desqualificam a si mesmas como violência. Por conseguinte, a violência se disfarça de discricionariedade, de conceito jurídico indeterminado, de eleição metodicamente incontrolável do método de interpretação, apenas devendo-se estar atentos à não admissão de demasiadas ambigüidades desta categoria. Em última instância, o jurista pode decidir sobre todos os assuntos jurídicos, ainda que nem sempre de maneira especificamente jurídica. LUHMANN, Niklas. **O ENFOQUE SOCIOLÓGICO DA TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO**. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Revista Enfoque, nº 28, ano 15, junho de 1994 - p. 15-29.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **EL DERECHO DE LA SOCIEDADE**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002

A Constituição, em suas várias facetas, dirigente, garantia, etc, é o ‘grande garante’, por estruturar a atividade judicial com princípios, como presunção de inocência, imparcialidade, juiz natural, acesso ao judiciário, entre outros.

A aplicação desses princípios torna-se referência para a aplicação do Direito em outras situações semelhantes⁸⁷, atribuindo alguma previsibilidade, o que em Luhmann⁹⁰ traz a redução de complexidade, tanto consolidando a missão do sistema jurídico como estabelecendo as expectativas de comportamento.

O judiciário está no centro do sistema jurídico e o tribunal constitucional está no centro do judiciário - por referenciar o próprio sistema através de suas decisões, não protegendo a constituição especificamente, mas fornecendo referências para a atividade judicial, pela interpretação do próprio código, referenciando a fronteira entre o direito e o ambiente, uma vez que os estímulos que ocorrem dentro da sociedade são muito diferentes, embora todos mediados em um momento ou outro pelo Direito.

⁸⁷ “A interpretação (ou hermenêutica) é um modo de conhecimento de objetos culturais. Quando esses objetos se compõem de palavras, tem-se a interpretação de um texto que é, ao mesmo tempo, um objeto de significações e um objeto de comunicação, cujo sentido se capta mediante análise interna e análise externa. Ou seja, o sentido do texto se reconstrói de duas perspectivas distintas e complementares: de dentro para fora, a partir da análise interna das muitas pistas nele espalhadas; de fora para dentro, por meio das relações contextuais. A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico; por isso, sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse texto veicula – também se submete às relações de contexto. Ela é um texto que está no mundo, independente daqueles que a captam. A percepção que cada um tem dela é considerada separadamente dela própria. De igual modo, as intenções de seu autor – o constituinte – são consideradas separadas dela, porque ela é, em si mesma, um ser com seus próprios poderes a sua dinâmica, um ser autônomo. A tarefa do intérprete é como a de alguém que penetra nesse ser autônomo, por meio da análise textual”. SILVA, José Afonso da. **COMENTÁRIO CONTEXTUAL À CONSTITUIÇÃO**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, pg. 13

⁸⁸ O estrito hermetismo recursivo do sistema, que corresponde sociologicamente à diferenciação social de um sistema funcional para o direito, significa que não pode haver nem input normativo, nem output normativo. O direito não pode importar as normas jurídicas de um ambiente social (não existe nenhum “direito natural”), tampouco pode dar normas a este ambiente (as normas jurídicas não podem valer como direito fora do direito). A normatividade é o modo interno de trabalhar do direito, e sua função social consiste, precisamente, em que cumpra a missão de disponibilidade e modificação do direito para a sociedade. Todo contato do sistema jurídico com o ambiente deve, portanto, utilizar uma forma diversa de expectativa. Toda orientação do direito com relação ao seu ambiente utiliza a cognição. Quer dizer, baseia-se em expectativas que se modificam em caso de desilusão. Em total contraposição com a atividade normativa, a atitude cognoscitiva está disposta a aprender. Pressupõe um esquema de aprendizagem que pré-determina com suficiente clareza o que entraria em jogo como expectativa substitutiva, ao não se cumprir uma expectativa. Na medida em que semelhantes esquemas de aprendizagem possam ser desenvolvidos, também o direito poderá aprender e adaptar-se ao seu ambiente. LUHMANN, Niklas. **O ENFOQUE SOCIOLOGICO DA TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO**. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Revista Enfoque, nº 28, ano 15, junho de 1994, pag. 15-29

⁸⁹ “O próprio Aristóteles apontou a solução: justiça e equidade buscam no caso singular do ponto de vista da norma geral; a equidade busca no caso singular a sua própria lei que, por fim, mas também, precisa se deixar converter em uma lei geral – pois tal, tal qual a justiça, a equidade é, em última instância, de natureza generalizada. Dessa maneira, na diferença entre justiça e equidade, manifesta-se a distinção metodológica, já apontada anteriormente, entre uma evolução dedutiva do direito justo a partir de princípios fundamentais universais e um conhecimento indutivo do direito justo, segundo a natureza das coisas. A equidade é a justiça do caso singular”. RADBRUCH, Gustav. **FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2004, pgs. 51-52.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **EL DERECHO DE LA SOCIEDADE**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002

Neste espírito, observa-se que os valores jurídicos ganham maior relevância, pelo método da ponderação entre valores jurídicos, o que é muito discutido uma vez que há uma relativização do próprio Direito pelos princípios na construção de uma jurisprudência de valores.

Luhmann explica esse fenômeno pelo fato de que a Constituição utiliza conceitos políticos como, partido, eleitor, povo, representação, etc, que, conseqüentemente, têm repercussões no âmbito jurídico, que serão processadas de acordo com os conceitos do Direito, e estabelecem um acoplamento estrutural entre o político e o jurídico, o que causa alguma irritação por haver uma heteroreferenciabilidade, fruto do acoplamento incindível entre o direito e o político, o que pode causar confrontações nos diversos eventos que ocorrem dentro da estrutura jurídica e na política também.

Isso acarreta que, constitucionalmente o sistema político fica acoplado ao direito, condicionando a ação política à legitimação jurídica, embora os âmbitos de operação permaneçam distintos, por sua diferenciação quanto a código, estrutura, etc, havendo maior ou menor grau de liberdade e diferenciação intra-sistêmica, embora no caso do direito permaneça a jurisdição como uma atividade do sistema como um todo, como herança dos primórdios, onde, em séculos de tradição, o conceito de soberania política e soberania jurídica se fundiam, surgindo, depois, a diferença entre atividade legislativa e atividade judicante como fruto do princípio da separação dos poderes e a marcante diferença de procedimentos, embora haja aí uma retro-alimentação, onde o legislador - eleito conforme sua matriz partidária, que é atenta às normas jurídicas constitucionais para legislar, e o juiz - que observa as leis produzidas no parlamento pelo processo legislativo constitucional.⁹¹

No entanto, os tribunais interpretam leis e, deles, tal função não se pode retirar⁹², o que faz surgir inúmeros instrumentos interpretativos, que auxiliam o juiz

⁹¹ "Em Leibholz, os partidos políticos se apresentam como canais de comunicação que o cidadão livre e emancipado utiliza para expressar e adotar, de forma organizada, sua posição política. Portanto, na falta da intermediação dos Partidos, os cidadãos simplesmente não estariam em condições de exercer influência sobre a política do estado e, nem mesmo, de se realizar politicamente. Enfim, de acordo com Leibholz, pode-se afirmar que, na contemporaneidade, são os partidos políticos que podem impedir que o povo vegete em termos políticos. MEZZAROBIA, Orides. **INTRODUÇÃO AO DIREITO PARTIDÁRIO BRASILEIRO**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2003, pg. 178.

⁹² "O juiz é amarrado pelo sistema de direito que ele deve aplicar; nos Estados modernos, ele não tem poder legislativo. Mas, por outro lado, impõe-lhe a obrigação de julgar: todos os sistemas de direito modernos contêm disposições atinentes ao delito de denegação de justiça. Poderá ser penalizado como culpado de denegação de justiça "o juiz que recusar a julgar, sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei" (art. 4º, do Código Napoleão, cf. art. 228 do Código Penal Belga). Essa disposição considera o juiz, cuja competência na matéria é determinada pela lei, deve poder responder se a lei se aplica ou não se aplica à demanda, seja qual for a natureza desta; ele deve, ademais, motivar sua sentença, ou seja, indicar a maneira pela qual correlaciona sua

no momento de aplicar a lei; tal característica trouxe considerável ampliação aos poderes do juiz na busca de abarcar o valor justiça em uma construção muito próxima do realismo jurídico⁹³, construindo um ciclo, que estabelece limites mútuos, uma pela atividade legislativa e a outra à aplicação do direito, construindo, desta forma, um processo cíclico - uma vez que o sistema judiciário não envia a questão não abrangida pela lei ao legislativo, mas julga com base nos princípios gerais do Direito, baseado em derivações geradas pela jurisprudência.

Isso conduz a um problema, o de haver decisões condicionadas ao passado, mas que, face à nova hermenêutica, constrói-se sobre os princípios constitucionais, que geram uma nova contingência, e essa é oriunda do sistema político, onde encontra legitimação nos valores constitucionais, mesmo porque, toda e qualquer demanda deve ser decidida, não sendo, o juiz, preso aos limites estritos da lei, mas pode utilizar os princípios constitucionais que informarão a aplicação da norma infraconstitucional.

Destaca-se que, neste aspecto, o sistema judiciário é competente por excelência para decidir qualquer demanda, pela ontologia da inafastabilidade do sistema judiciário, por ser institucionalmente previsto, e com a norma jurídica que se tem à disposição, construindo o que é denominado de 'universo jurídico', que tem código próprio, construído pela argumentação e pela lógica jurídica⁹⁴.

Cumprе ressaltar que esse processo se dá na mecânica do modelo direito e não-direito, dentro do qual o juiz o utiliza para julgar, excetuando aspectos morais, políticos e econômicos.

decisão com a legislação por ele aplicada. Por essa dupla obrigação, o legislador decidiu de antemão que o juiz deve considerar o sistema jurídico coerente e categórico, e a técnica jurídica deve adaptar-se a essa dupla exigência". PERELMAN, Chaïm. **RETÓRICAS**. São Paulo : Martins Fontes, 1999, pg. 349

⁹³ "O pensamento do realismo jurídico surgiu nas décadas de 20 e 30 nos Estados Unidos, havendo como propugnador Oliver Wendell Holmes. A doutrina do realismo jurídico tem a busca de evitar a virtual pureza do Direito, demonstrando sua íntima ligação com política. O realismo jurídico, em Morton Horwitz, produziria ceticismo, sendo adequado para explicar o sistema Legal que, nos EUA, se construiu muito pela atividade dos juizes de interpretar e aplicar a Constituição. O pensamento que sintetiza as idéias do realismo jurídico pode ser encontrada na posição do Juiz Presidente da Suprema Corte, Charles Evan Hughes, que alegava ser a Constituição o que os juizes dizem que ela é. MARTINS, Ana Lúcia Bernardes. **FLORIDA VOTE: DIREITO E POLÍTICA NA PERSPECTIVA DO LEGAL REALISM**. In VIEIRA, José Ribas (org.). **TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 215-228.

⁹⁴ "Lógica: ciência geral da inferência. A lógica dedutiva, na qual a conclusão se segue de um conjunto de premissas, distingue-se da lógica indutiva, que estuda a maneira como as premissas podem sustentar uma conclusão sem, no entanto, a implicar. Na lógica dedutiva, a conclusão não pode ser falsa se as premissas são verdadeiras. O objetivo da lógica é tornar explícitas as regras através das quais as inferências podem se realizar, e não estudar os processos de raciocínio que as pessoas usam de fato, e que podem conformar ou não a essas regras. BLACKBURN, Simon. **DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997, pg. 229.

A Constituição consubstancia-se em garantia procedimental que se estabelece em todo o sistema jurídico, construindo modelos jurídicos avançados, como o conceito de jurisdição dirigente⁹⁵.

A diferenciação entre os tribunais e outras instituições do Direito consiste em que, aquele tem a obrigatoriedade da decisão, e maneja e opera o sistema jurídico⁹⁶, que adequará e processará todas as diferenciações intra-sistêmicas, construindo os modelos de distinção entre o ambiente e o sistema.

Cumprido nesse turno observar que na filosofia habermasiana o papel da linguagem ganha relevo nas interações intersubjetivas, o que culminará com algumas construções sociais, e ela, linguagem, reflete diretamente na construção do ordenamento jurídico.

Convém destacar que Habermas atribui ao sistema jurídico a função de integração social, operando os processos em que as ordens sociais não podem atuar por meio da chamada ação comunicativa⁹⁷, onde é trabalhado o potencial da construção da linguagem.

Nesse aspecto, Habermas⁹⁸ trabalha conceitos ligados ao confronto entre a economia de mercado e o poder de regulamentação do Estado - encarnado pelos limites do Direito Administrativo, construindo a crítica levada adiante pelas ciências sociais que, em um aspecto, o Direito é obrigado a sustentar a busca de que nem o sistema econômico ou o sistema regulado pelo poder administrativo estatal podem

⁹⁵ “A discussão problemática travada em torno dos conceitos de discricionariedade legislativa e de liberdade de conformação do legislador pressupõe uma análise prévia da posição jurídico-constitucional do legislador. Constatada que foi a substancial mutação da lei no estado constitucional democrático, impunha-se também precisar a colocação do legislador e respectivos actos legislativos no quadro vinculante de uma lei fundamental. As relações materiais constituição-lei podem conceber-se, considerando o legislador: (1) como mero executor da lei constitucional; (2) como aplicador da constituição; (3) como conformador dos preceitos constitucionais. A relação material entre a constituição e a lei diverge de acordo com o tipo de pensamento utilizado para caracterizar a posição do legislador. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**. Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pg. 216.

⁹⁶ “A ordenação sistemática inclui valores em si. Isso não vale apenas para a formação do sistema através da ciência e da jurisprudência, mas também para as “construções do legislador. Tê-lo desconhecido foi um dos erros mais pesados de Heck e da jurisprudência dos interesses na sua crítica ao sistema: pois a consideração de que só o juiz não está vinculado às construções do legislador, devendo considerá-las como um modo de redação (!), contradiz uma questão importante, o princípio da lealdade à lei, também assegurado pela jurisprudência dos interesses”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **PENSAMENTO SISTEMÁTICO E CONCEITO DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pg. 179-180

⁹⁷ “Na filosofia da linguagem – de Platão a Popper – esse logocentrismo restringiu-se à afirmação de que somente a função lingüística de expor o estado de coisas é um monopólio do homem. Enquanto os homens partilham com os animais a chamada função apelativa e expressiva (Bühler), só a função representativa seria constitutiva para a razão. Por outro lado, as evidências da etologia mais recente, em particular os experimentos com a aquisição da linguagem pelos chimpanzés, induzida artificialmente, ensinam que não é o emprego de proposições per se, mas antes o uso comunicativo de uma linguagem estruturada em proposições que é peculiar a nossa forma de vida sociocultural e constitui o estágio da reprodução genuinamente social da vida”. HABERMAS, Jürgen. **O DISCURSO FILOSÓFICO DA MODERNIDADE**. São Paulo : Martins Fontes, 2000, pg. 433-434.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **O DISCURSO FILOSÓFICO DA MODERNIDADE**. São Paulo : Martins Fontes, 2000

furtar-se de uma integração com a sociedade, construída por uma consciência globalizada no âmbito do contexto social.

A crescente complexidade da sociedade leva a um papel do Direito como um mediador entre as expectativas sociais, muitas vezes de conteúdo não factível, o que conduz o sistema jurídico a um processo de degradação de seu aspecto normativo, que busca abarcar, cada vez mais, as pretensões sociais. Tanto que, a discussão acerca dos aspectos morais de algumas instituições jurídicas, que formula princípios para uma sociedade ordenada - que entra em choque com a realidade da complexidade social, muitas vezes não se adequa ou se conecta aos cânones jurídicos.

O pensamento sistêmico constrói a sociedade de forma desconcentrada, com subsistemas que interagem mutuamente sem, no entanto, intervir em suas realidades internas, subvertendo o materialismo marxista⁹⁹.

Há uma profunda diferença entre as ambições normativas e ambições cognitivas; o papel de absorção de incertezas é baseado no modelo formal, que tem a função de sustentar tais expectativas.

Tal observação leva a conclusão de que, o sistema jurídico, embora seja autopoietico em sua normatividade, cognitivamente é aberto, por depender de fatores externos para construir e observar se determinados pressupostos que informam a decisão judicial estão abertos ou não.

Há uma constante interação entre os aspectos normativos e cognitivos, uma vez que ao criar a norma, o sistema jurídico precisa, ao mesmo tempo, acoplar-se ao meio ambiente orgânico a fim de nivelar e baixar o nível de tensão advindo das irritações orgânicas.

Assim, a consciência do indivíduo é subvertida, por buscar integrar-se ao coletivo, carecendo de um espaço hermenêutico do sujeito, reduzido pela

⁹⁹ “Materialismo dialético – traço filosófico dominante do marxismo, onde se combina o materialismo, concebido como uma filosofia da natureza e uma ciência englobantes, com a noção hegeliana de dialética, imaginada como uma força histórica que conduz os acontecimentos para uma resolução progressiva das contradições que caracterizam cada época histórica. Essa combinação foi talvez completamente desenvolvida pela primeira vez em Engels no *Anti-Dühring* (1878). O próprio pensamento humano procura espelhar o caráter uniforme mas contraditório da realidade externa. Na interpretação de Plekhanov e de Lênin, o materialismo dialético implica que a natureza do mundo coincide com os ideais da revolução. A crença precipitada de que a própria história garante a vitória de nossa causa ou de nosso partido tornou-se uma das consolações mais sedutoras da filosofia”. BLACKBURN, Simon. **DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997, pg. 240

autopercepção em relação à sociedade, contingenciando-o em um modelo social altamente normatizado¹⁰⁰, redutor de complexidades.

O Direito obtém autonomia articulando complexidades e operando expectativas, colocando-se em um papel de convergência na sociedade, por atuar em uma perspectiva funcional que permeia todos os outros subsistemas - pela estabilização de expectativas.

Como na sociedade há um crescente conjunto de comunicações que ocorrem pelo Direito, este tem o condão de orientar, e disciplinar, diversos fenômenos sociais pelos inúmeros procedimentos, normas e considerações dogmáticas que se situam no código justo/injusto, a despeito de seu caráter autopoietico e autônomo.

Não significa que o sistema jurídico regule os outros âmbitos sociais diretamente, mas que os influencia não exercendo controle sobre eles propriamente ditos, pois não pode haver mecanismos rígidos de controle, havendo somente reação por parte dos outros modelos sociais¹⁰¹.

Tal modelo funcionalista do Direito pode acarretar um desprendimento do papel do sistema jurídico das suas relações com a organização política e democrática do Estado, como decorrência do fenômeno da autopoiese.

A construção jurídica das decisões pode não levar em conta processos de construção de decisões democraticamente estabelecidos que, eventualmente, justificam a comunidade jurídica - por sua diferenciação sistêmica.

Nesse contexto, Habermas¹⁰², diferentemente, considera que os argumentos jurídicos servem para atribuir e legitimar decisões ocorridas por outros mecanismos, tornando a fundamentação uma ficção. Critica a teoria dos sistemas como um meio

¹⁰⁰ "Na história da loucura, Foucault investiga o vínculo específico entre discursos e práticas. Não se trata aqui da conhecida tentativa de explicar a reconstrução interna da evolução científica a partir das condições externas à ciência. A perspectiva interna de uma evolução teórica regida por problemas é substituída de antemão pela descrição estrutural de discursos bem selecionados e surpreendentes, que tematiza aqueles pontos de ruptura encobertos pela consideração próprias à história das idéias e dos problemas, isto é, ali onde um novo paradigma começa a se impor em oposição ao velho". HABERMAS, Jürgen. **O DISCURSO FILOSÓFICO DA MODERNIDADE**. São Paulo : Martins Fontes, 2000, pg. 339.

¹⁰¹ "O discurso filosófico sobre a justiça não faz jus à dimensão institucional, que constitui o objeto primordial do discurso jurídico. E, sem a visão do direito como sistema empírico de ações, os conceitos filosóficos ficam vazios. Entretanto, na medida em que a sociologia do direito se empertiga num olhar objetivador lançado a partir de fora e insensível ao sentido da dimensão simbólica que só pode ser aberta a partir de dentro, a própria contemplação sociológica corre risco de ficar cega. Contra esse perigo armaram-se princípios, especialmente os de inspiração neokantiana, que operam com a seguinte idéia: nas ordens sociais há uma interpenetração de idéias e interesses (Max Weber), ou de valores culturais e motivos (Parsons). Eles entendem o agir institucionalizado como realização seletiva de valores culturalmente reconhecidos sob limitações típicas de uma situação. Ordens sociais conferem realidade às expectativas normativas de comportamento, na medida em que especificam valores, tendo em vista as condições concretas de aplicação, integrando-os com interesses dados. HABERMAS, Jürgen. **DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pg. 94

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. **O DISCURSO FILOSÓFICO DA MODERNIDADE**. São Paulo : Martins Fontes, 2000

de comunicação, sendo um mecanismo de equalização de diferenças. Afirma, inclusive, que o sistema jurídico utiliza-se da argumentação como um instrumento de auto-convencimento da validade das próprias decisões, sempre dentro da lógica binária sistêmica.

Assim, ganha relevância mecanismos decisoriais, como a jurisprudência dos valores como opção metodológica argumentativa para a construção da fundamentação de decisões judiciais através da ponderação e balanceamento de princípios constitucionais em conflito, conforme coloca Alexy¹⁰³.

Tal ponderação traz os princípios constitucionais não somente como garantias do cidadão contra o poder do Estado, mas como um conjunto de valores aplicáveis a todos os âmbitos do Direito, seja nas relações entre o Estado e o cidadão ou nas relações entre cidadãos, formando o chamado efeito irradiante sobre toda a sociedade¹⁰⁴, construindo, na hipótese de choque entre princípios, o balanceamento, e equilibrando os vários interesses envolvidos.

A Constituição, portanto, é uma ordem de valores juridicamente cristalizados, que representam opções da sociedade a serem protegidas pelo aparelho jurídico. Tal característica demonstra a possibilidade da relativização de um dado mandamento em razão de um valor jurídico maior, o que não implica a negação daquele, o que trouxe a diferenciação entre princípios e regras¹⁰⁵.

Os princípios seriam mecanismos justificadores da decisão judicial, que abarcariam conceitos jurídicos construídos a partir do modelo proposto pelo Poder

¹⁰³ “A formulação de princípios forma uma classe final. Princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão, como proposições normativas, os princípios também podem ser introduzidos como descrições de estados de coisas em que são considerados bons”. ALEXY, Robert. **TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**. São Paulo : Landy Editora, 2001, pg. 248

¹⁰⁴ “Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se de expressão de valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto”. ROTHENBURG, Walter Claudius. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, pg. 18

¹⁰⁵ “Antes de adentrar a discussão acerca da autonomia conceptual dos princípios, com detença em suas particularidades e distinções para com as demais normas jurídicas, mister se faz render homenagem ao muito que todos – princípios como regras – têm em comum, é dizer, do caráter normativo de ambos, a fazê-los espécies filiais de um mesmo gênero : a norma jurídica. Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas. ROTHENBURG, Walter Claudius. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, pgs. 15-16

Constituinte Originário¹⁰⁶, este independente e autônomo, constituído a partir de um órgão político, a Assembléia Constituinte.

Neste campo, Habermas assevera que há uma tensão entre as categorias da facticidade e da validade na estrutura do Direito, podendo portanto a aplicação de princípios jurídicos não constituir-se em uma tarefa fácil em sociedades mais complexas, dada a multiplicidade de sujeitos e discursos, o que pode trazer um déficit no processo de integração social.

A tensão descrita faz remissão a Kant¹⁰⁷, que já debatia o problema da relação entre a coerção e a liberdade baseadas em um sistema de Direito¹⁰⁸, autorizando aquela quando houvesse abuso desta pelo sujeito.

O Direito tem uma pretensão de validade, sedimentada por um duplo caráter do sistema jurídico, de sistema de coerção e sistema de liberdade, onde deverá haver primordialmente a aceitação e assentimento do ordenamento jurídico para, após, haver a concretização de sua validade como instrumento de liberdade.

Assim, para o Direito exercer seu papel, necessariamente deverá haver uma relação entre ele, a moral e a política, buscando satisfazer exigências de cunho econômico e social¹⁰⁹.

¹⁰⁶ “A teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria de legitimidade do poder. Surge quando uma forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do séculos XVIII. Esse poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo passo que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular”. BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. São Paulo : Malheiros Editores, 2003, pg. 141

¹⁰⁷ KANT, Immanuel. **DOCTRINA DO DIREITO**. São Paulo : Ícone Editora, 1993

¹⁰⁸ “direito/direitos [ius, Recht, Rechte] em “Sobre a expressão corrente: isso pode ser correto em teoria, mas nada vale na prática”, Kant define direito em geral como a “restrição da liberdade de cada indivíduo para que se harmonize com a liberdade de todos os outros”, e em *Metafísica dos Costumes* distingue entre as várias espécies de direitos que decorrem dessa definição geral. A distinção primária de Kant é entre (a) direitos naturais assentes em bases a priori e (b) direitos positivos (estatutários), os quais promanam “da vontade de um legislador”. A essa distinção doutrinal segue-se uma expressão em termos de capacidades morais entre (a) direitos inatos pertencentes a todos por natureza e (b) direitos adquiridos, os quais requerem uma lei para o seu estabelecimento. Entretanto, essas distinções estão subordinadas à distinção jurídica entre direitos privados e públicos, ou aqueles direitos estabelecidos entre indivíduos e aqueles entre indivíduo e estado. Kant descreve os primeiros como próprios de um “estado de natureza” e os segundos do estado civil. A primeira para da *Metafísica dos Costumes* sobre “Os primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito” está, em consequência, dividida em seções sobre o direito privado e público. Sob direito privado, Kant discute, em primeiro lugar, a noção de um direito a algo externo e, depois os modos de obtenção de tais direitos, seja por aquisição original ou por contrato. Embora os detalhes de sua argumentação sejam, com frequência, obscuros e aparentemente contraditórios, ele parece sugerir que, de um modo geral, os direitos a coisas (in re) são uma espécie de direitos entre pessoas (in personam). Ele inverte essa ênfase quando analisa os direitos envolvidos em casamento, paternidade e ser “chefe da família”; para estes, desenvolve “direitos a pessoas da mesma ordem dos direitos a coisas”. Sob direito público, Kant considera o direito interno de um Estado, o direito de nações e o direito cosmopolita, todos no contexto de sua mais ampla tese política a favor de um estado e constituição republicanos. CAYGILL, Howard. **DICIONÁRIO KANT**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editores, 2000, pg. 102-103.

¹⁰⁹ “O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade de liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo”. HABERMAS, Jürgen. **DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE**

Cumpra, no entanto, ressaltar que Direito e Moral não se misturam, uma vez que as normas buscam regular relações entre indivíduos naturais enquanto membros de uma comunidade.

As normas jurídicas por sua vez, regulam os conflitos entre indivíduos enquanto membros de um ordenamento elaborado através de normas jurídicas, democraticamente construídas.

Essa legitimidade democrática se dará através da estreita relação entre poder político e o Direito, este como renúncia à violência¹¹⁰; mas um poder capaz de criar mandamentos legitimamente aceitos e exigíveis por parte da sociedade¹¹¹.

Em outros termos, o indivíduo busca integrar seus procedimentos no sentido de atuar em uma perspectiva que abarque as opções jurídicas existentes, em um plano ético e político que trará um horizonte de ideais socialmente aceitos.

Todas essas variantes possibilitaram a definição do código direito/não-direito.

Para a definição das categorias valorativas do Direito, que informarão as definições mais cruciais do espectro jurídico, Dworkin¹¹² construiu a chamada 'hermenêutica construtivista', que estabeleceu conceitos morais relevantes na estratificação da jurisprudência, diferenciando os argumentos típicos da política - identificados no discurso de cunho ético ou pragmático, ligados a uma idéia de responsabilidade¹¹³, e os de princípio - verificados em discursos jurídicos ou morais, buscando estabelecer que os direitos devem ser construídos sobre uma noção de justiça, que será erigida pela atividade hermenêutica¹¹⁴.

FACTICIDADE E VALIDADE. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pg. 114-115.

¹¹⁰ "A lei a ser imposta necessita de poder político, assim um elemento de política do poder está sempre implicado na manutenção da ordem legal. O que nem a teoria política da razão de Estado, nem o conceito legal de atos de Estado previram foi a inversão completa da legalidade; no caso do regime de Hitler, toda a maquinaria do Estado impôs o que são normalmente consideradas atividades criminosas, para usar uma linguagem amena; quase não nenhum ato de Estado que, segundo os padrões normais, não fosse criminosos. ARENDT, Hannah. **RESPONSABILIDADE E JULGAMENTO.** São Paulo : Companhia das Letras, pg. 101.

¹¹¹ "Caracterizei uma sociedade bem-organizada como aquela estruturada para promover o bem de seus membros e efetivamente regulada por uma concepção comum da justiça. Assim, trata-se de uma sociedade em que todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios da justiça, e cujas instituições sociais básicas satisfazem esses princípios, sendo esse fato publicamente reconhecido. Ora, a justiça enquanto equidade é estruturada para estar de acordo com essa idéia de sociedade". RAWLS, John. **UMA TEORIA DA JUSTIÇA.** São Paulo : Martins Fontes, 1997, pg. 504

¹¹² DWORKIN, Ronald. **LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

¹¹³ Bobbio, Maquiavel

¹¹⁴ "O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos regras sociais (em geral agrupadas como regras morais) que a comunidade segue mas não faz cumprir através

Na perspectiva de Habermas¹¹⁵, o juiz atuará no âmbito do agir comunicativo, permitindo, ao juiz, assumir uma atividade de assimilação com o outro, nos moldes propostos no pensamento de Peter Häberle.

Portanto, em uma visão, a atividade hermenêutica deixa de ser uma exclusividade do juiz para haver uma construção normativa profunda entre regras e princípios¹¹⁶, por conceber a Constituição como um sistema de valores a serem aplicados por toda a sociedade e não somente de observância do judiciário, formando um conjunto coeso de princípios e regras, sendo aqueles concretizados por sua combinação com as regras que ganham aspecto axiológico por sua adoção conjunta com princípios, moldando um modelo que contemple simultaneamente a soberania popular, uma vez que os valores sociais estão na Constituição e nos Direitos Fundamentais do cidadão, enquanto patrimônio jurídico a ser exercido em confronto ao próprio Estado.

A crítica surge no campo do controle de constitucionalidade que, em muitos aspectos, torna-se atividade legislativa, embora essa não seja a atribuição do judiciário.

Observa-se que na diferenciação entre princípios e normas, o Direito torna-se ao mesmo tempo sistema de ação e de valores, em um código mais elaborado, que não é somente direito e não-direito, mas justo/injusto, embora existam críticas ácidas em relação a uma possível falta de segurança jurídica pela relativização das normas construídas pelo Poder Legislativo, uma vez que a aplicação se dará de acordo com

do poder público". DWORKIN, Ronald. **LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO**. São Paulo : Martins Fontes, 2002, pg. 28

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

¹¹⁶ "Princípios ou normas mais elevadas, em cujo âmbito outras normas possibilitam ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores possuem um sentido teleológico. Normas válidas vinculam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores trazem preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas aparecem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo "sim" ou "não", ou abster-nos do juízo. Os valores, em reverso, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento as proposições valorativas podem ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim)". HABERMAS, Jürgen. **DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pg. 316-317.

o discurso empregado pela coletividade, surgindo o problema da colisão entre valores fundamentais¹¹⁷.

Nesse espectro decorre a crítica a Luhmann, uma vez que, ao contrário do colocado, constrói a concepção de sistema jurídico pelo aspecto coativo, sendo a norma aplicada por meio de fundamentações internas¹¹⁸, interagindo extra-sistemicamente somente sob o parâmetro das expectativas de comportamento, amputando do Direito qualquer construção mais racional, além dos limites normativos, fixando-se Luhmann no código normativo, uma vez que busca manter a autonomia sistêmica atrelando todos os elementos extra-sistêmicos de justificação, como moral, política ou ética a aspectos normativos puros, erigindo um judiciário autocrático.

Essa assertiva se dá pelo crescimento do papel do judiciário em sua atividade hermenêutica que, ao construir a jurisprudência, se firma sobre aspectos de cunho principiológico, informados no âmbito do próprio sistema, inclusive havendo a leitura de uma reversão do modelo pós-revolucionário, onde houve uma predominância do legislativo, tendo como ápice a escola de exegese, logo após a Revolução Francesa, verificando-se, hoje, um refluxo para uma predominância cada vez maior do judiciário, havendo uma agudização desse quadro no regime nazista, quando o juiz se desprende da lei e passa a aplicar somente os valores considerados relevantes para o povo alemão¹¹⁹.

Embora pareça pitoresco, mas o papel da aplicação de valores morais permaneceu mesmo no pós-guerra, construindo a chamada jurisprudência de

¹¹⁷ "A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que "é bom para nós" e o que "há de melhor" caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente com um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos; no caso de uma colisão, deixaria de ocorrer o "recuo" de um direito em relação a outros, sem que ele tivesse que com isso perder sua validade". HABERMAS, Jürgen. **A INCLUSÃO DO OUTRO: ESTUDOS DE TEORIA POLÍTICA**. São Paulo: Loyola, 2002, pg 356.

¹¹⁸ "Günther e Habermas assenhoram-se da principiologia de Kohlberg sobre os estágios de desenvolvimento moral para inseri-la no Direito. Para Kohlberg, o desenvolvimento moral da criança compreende três estágios: pré-convencional, convencional e pós-convencional. "No nível pré-convencional o indivíduo não chega a compreender que as regras e valores se baseiam em tal acordo, e as reificam. No nível pós-convencional, os indivíduos percebem que estes acordos, por seu turno, baseiam-se em princípios que, inclusive, podem fundamentar a alteração destes acordos. O nível pós-convencional, que aqui nos interessa de modo mais direto, é dividido em dois estágios: o estágio 5 (nível do contrato social ou da utilidade e dos direitos individuais) e o estágio 6 (nível dos princípios éticos universais). O que difere ambos estágios é que o estágio 5 tende a ver tais princípios como intrínsecos à sociedade e a conceber um escalonamento rígido e prévio entre estes princípios. Já o estágio 6 reconhece que estes princípios podem ser postulados (ou reivindicados) universalmente, mas que não existe um escalonamento rígido e prévio entre os mesmos". GALUPPO, Marcelo Campos. **IGUALDADE E DIFERENÇA: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DO PENSAMENTO DE HABERMAS**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pg. 192 – 193.

¹¹⁹ MAUS, Ingeborg. **O JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE: O PAPEL DA ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL NA "SOCIEDADE ÓRFÃ"**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000, pg. 197.

valores, julgando o juiz por cláusulas gerais e parâmetros que, em um primeiro momento, não tinham fundamentação constitucional.

Esse fenômeno inclusive se dá pelo desprestígio dos demais poderes em detrimento do próprio judiciário, restando o juiz como reserva moral da sociedade, estando depositado nas mãos do órgão julgador o conceito de justo e de Direito.

No entanto, Dworkin faz a diferenciação entre argumentos baseados em critérios políticos¹²⁰ e outros baseados em critérios principiológicos, estabelecendo que os políticos tratam dos interesses e responsabilidades em relação à sociedade enquanto os de princípios trabalham sobre o conceito de justo¹²¹.

Isso leva a admitir que o juiz muitas vezes atua em um duplo caráter, como membro de uma comunidade, irmanada por um conjunto de valores cristalizados em princípios, e em outro cognitivamente aberto e como técnico do Direito, voltado para o código interno do Direito, sendo este, fechado.

Nesse espírito, Dworkin¹²² faz um resgate dos valores cívicos da equidade, justiça, construindo uma noção de devido processo legal como garantia de uma integridade do sujeito na ordem jurídica, dentro de uma escala de referências oriundas da ordem social, igualitariamente estabelecida, constituindo uma noção de dever.

As categorias jurídicas têm profundas significações sociais, sendo que, no âmbito das relações intersubjetivas, o campo dos deveres recíprocos¹²³ são

¹²⁰ "Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade". DWORKIN, Ronald. **LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pg. 36

¹²¹ Aristóteles, justiça atributiva e justiça distributiva, São Tomás de Aquino.

¹²² HABERMAS, Jürgen. **DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

¹²³ "É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém transgrida os limites que me foram dados. Mas uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera de liberdade do outro, torne-me uma não-liberdade para o outro. Exatamente porque "o outro é livre como eu, ainda que com uma liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade". Pelo fato que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta se apresenta como um ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não liberdade do outro, e, portanto – uma vez que duas negações afirmam -, como um ato restaurador de liberdade. A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas enquanto surge como remédio contra uma não-liberdade anterior, é negação e, então, afirmação. Portanto, ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade". BOBBIO, Norberto. **DIREITO E ESTADO NO PENSAMENTO DE EMANUEL KANT**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1992, pg. 78

especialmente valorizados, vendo as responsabilidades como resultado de um interesse geral por todos os membros¹²⁴.

Os princípios são normas interpretadas sob a luz de valores jurídicos coerentes com o código social, imantando em um sistema jurídico, buscando um padrão de validade e adequação, no âmbito da lógica constitucional.

Neste campo, Alexy compreende que os princípios consistem em mandados de otimização, pela relativização do código de direito em uma atividade de reconstrução da atividade jurídica através da harmonização de princípios, o que traz fatalmente a redução da complexidade.

¹²⁴ “Uma regra pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo aceita a regra como um padrão de conduta. Não basta simplesmente que o grupo se ajuste a um padrão de comportamento. Ainda que a maioria dos ingleses possa ir ao cinema sábado à noite, eles não aceitaram uma regra que exige que eles façam isso. Uma prática contém a aceitação de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem”. DWORKIN, Ronald. **LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pg. 32

4 DELINEAMENTOS FILOSÓFICOS E SEUS ACOPLAMENTOS

Devido à abrangência do conceito de Sistema, o presente capítulo discute alguns aspectos no âmbito do conhecimento filosófico, posto que tem sido discutido por vários pensadores, como também versa sobre as críticas ao pensamento de Luhmann.

Dentre os vários pensadores que tratam das relações de Direito e a Filosofia, denota-se que tanto Hegel como Kelsen têm posicionamentos bastante consistentes e relevantes, mas em muitos aspectos distanciam-se de Luhmann em sua construção sistêmica.

Observa-se que o tratamento dado ao pensamento sistêmico, até o momento, é eminentemente crítico, uma vez que admite que, tanto o modelo de Hans Kelsen como o proposto por Niklas Luhmann, não se encaixam à realidade existente na sociedade pós-moderna, ou por exigirem do Direito uma configuração diferenciada no sentido de abarcar, e tutelar, todas as novas formas e manifestações jurídicas existentes em uma sociedade que está em crescente processo de complexização, ou por não admitirem a supressão de elementos em prol de uma tentativa de redução da complexidade.

Neste contexto é necessário destacar que não se busca distanciamento da filosofia hegeliana, por se observar que esta aceita plenamente os desdobramentos dialéticos que explicam a evolução do fenômeno social e suas consequências para os vários âmbitos da experiência humana, inclusive observando que os elementos em choque são parte integrante de um todo complexo que, em nenhum momento, deve ser descartado.

A sociedade, em sua evolução, atualmente tem acelerado seus processos de transformação muito mais rapidamente que nas fases anteriores conduzida que está pela flexibilização e multiplicidade dos processos sociais, embora ocorra, em alguns aspectos, resistência em manter alguns modelos, seja pelo processo de inércia que existe naturalmente no tecido social ou pela colisão de alguns interesses.

No campo do Direito não é diferente, agravado ainda pelo fato de que é no âmbito jurídico que as discussões e conflitos sociais muitas vezes encontram espaço para as disputas e transformações que caracterizaram a evolução da sociedade.¹²⁵

No entanto, o Direito está afeito diretamente às transformações sociais, apesar da vigorosa tentativa de negação trazida pelo positivismo jurídico.

O Direito é uma força viva, e como tal, está constantemente transformando seus paradigmas na busca de novas fórmulas para atender aos anseios sociais em suas múltiplas facetas, como a econômica, a social, política e ideológica, que refletem a multiplicidade de processos na sociedade moderna, colocando, em segundo plano, concepções até então sagradas, plasmadas por um pensamento jurídico ancorado à dogmas também sagrados, embora no ensino jurídico busque-se, de certa forma, mantê-los como meio de coerção e legitimação dos mecanismos de poder¹²⁶.

Neste aspecto Luhmann divorcia-se das bases tradicionais do Direito, como as propostas por Kant e Kelsen, por construir uma mecânica jurídica diferenciada para o Direito, baseada na autopoiese, deslocando as discussões tradicionais do âmbito jurídico.

Sob a ótica de Luhmann, o Direito passa a ser enriquecido por variantes muito mais dinâmicas do que o tradicional modelo do ser o do dever ser.

¹²⁵ “*Lato sensu*, a dialética de Hegel envolve três etapas: (1) Um ou mais conceitos ou categorias são considerados fixos, nitidamente definidos e distintos uns dos outros. Esta é a etapa do entendimento. (2) Quando refletimos sobre tais categorias, uma ou mais contradições emergem nelas. Esta é a etapa propriamente dialética, ou da razão dialética ou negativa. (3) O resultado dessa dialética é uma nova categoria, superior, que engloba as categorias anteriores e resolve as contradições nelas envolvidas. Esta é a etapa especulação ou razão positiva. Hegel sugere que essa nova categoria é uma unidade de opostos, uma descrição que se ajusta em alguns casos mais facilmente do que em outros. Sustenta Hegel que os opostos, no caso tanto de pensamento quanto de coisas, se convertem mutuamente quando são intensificados, por exemplo, um ser cujo poder é tão grande, que aniquila toda a resistência, cai na impotência a partir do momento em que deixa de ter um antagonista a testar, revelar e sustentar o seu poder”. INWOOD, Richard. **DICIONÁRIO HEGEL**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editores, 1997, pg. 100.

¹²⁶ “No período de 1930 a 1972, além das questões já destacadas, muito pouca coisa mudou qualitativamente no Ensino do Direito; não existiram, novamente, grandes mudança estruturais. Houve, nesse período, uma proliferação muito grande de Cursos de Direito por todo o país, ampliando o acesso a eles por parte da classe média. As reformas efetuadas buscaram novamente dar um caráter mais profissionalizante ao curso e mantiveram a rigidez curricular, a exceção da realizada em 1962, que introduziu um pequeno germe de flexibilidade. A qualidade permaneceu, em geral, de baixo nível e o conteúdo desvinculado da realidade social. Continuou prevalecendo, na prática, a aula-conferência, embora seja nesse período que se inicia a pensar, principalmente com San Tiago Dantas, a crise do Ensino do Direito como um aspecto da crise do Direito e da sua cultura, e a criticar o ensino meramente legalista, defendendo, como meta pedagógica, o desenvolvimento do raciocínio jurídico”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **ENSINO DO DIREITO NO BRASIL : DIRETRIZES CURRICULARES E AVALIAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE ENSINO**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2002, pg.

Com a crise da pós-modernidade¹²⁷ verifica-se que o Direito está em uma vã tarefa de compreender acontecimentos que, segundo o modelo positivista, não lhe interessam, no entanto, diretamente lhe afetam, interferindo grandemente não no campo da validade, mas da eficácia da norma.

Ao situar-se o sistema jurídico em um complexo intricado de relações, verifica-se que existem outras dinâmicas importantes na componente jurídica, e conclui-se que o ordenamento é vivo, auto-reflexivo, altamente reprodutivo em sua realidade fática, e acoplado ao social primordialmente.

Essa nova realidade traz uma crise de identidade à esfera jurídica, que hoje, cada vez mais, abandona a estrutura positivista, sendo necessário um novo discurso para explicar o ordenamento jurídico e suas relações com o meio social.

Tal conclusão se dá pela compreensão que o ordenamento, construído pela ótica do sujeito e do dever ser, é permeado pelas relações de poder, que agem no tecido social, divinizado pela possibilidade de interferir no mundo do 'é'. O Direito acaba por ser aplicado através da percepção de mundo que cada operador do Direito possui, contrabalançada pela norma jurídica¹²⁸.

Essa construção adquire novos contornos quando se percebe que, por sua característica de sistema autopoietico, o Direito passa a funcionar por meio de regras e contingências internas, adaptando-se e evoluindo de acordo com suas próprias proposições, a despeito das influências trazidas pelo acoplamento

¹²⁷ "O paradigma cultural da modernidade constituiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas de suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação". SANTOS, Boaventura de Sousa. **PELA MÃO DE ALICE : O SOCIAL E O POLÍTICO NA PÓS-MODERNIDADE**. São Paulo : Cortez, 2003, pg. 76-77

¹²⁸ "A teoria e a filosofia de Hart constituem uma guinada no que diz respeito à contraposição e, em certa medida, à incomunicabilidade entre civil law e common law e entre pensamento continental e pensamento anglo-saxônico. De fato, fica bem evidente que jurisprudence analítica e kelsenismo, heranças austinianas e positivismo normativista, na obra de Hart, são entrelaçados e submetidos a revisões. Sobretudo o discurso sobre o direito não tem nenhuma relação com a metodologia formalista que parecia ter-se tornado um pré-requisito da sua cientificidade. Por fim, o direito em Hart ganha fisionomia mais contemporânea, vem a refletir, em múltiplos aspectos, as modificações históricas que afetaram o Estado do século XX, tornando-o diferente do Estado que servira de ponto de referência a Kelsen. (...) De várias maneiras, abre-se o caminho para uma concepção diferente não só do direito como também da sociedade. A sociedade dos cidadãos, a sociedade civil, para entender-se, é percebida como um conjunto dotado de capacidade de auto-regulação (no sentido de produção convencional de normas); ao direito liga-se uma comunidade de cidadãos que compartilham alguns pressupostos normativos de seus comportamentos, e ao ordenamento atribui-se uma função servidora mais que o papel de uma autoridade obrigante". PALOMBELLA, Gianluigi. **FILOSOFIA DO DIREITO** ; tradução Ivone Benedetti ; São Paulo : Martins Fontes, 2005, pgs. 245-246

estrutural. No entanto, enquanto sistema fechado, tem a possibilidade de interferir com o organismo em seus vários âmbitos, regulando as relações entre os vários subsistemas e atuando como elemento nivelador do sistema¹²⁹.

Essa atividade niveladora ocorre não pela interferência do sujeito operador jurista, mas pelo próprio Direito, que opera por suas próprias regras, que adquirem elasticidade ao interagir organicamente com a sociedade complexa.

Como coloca Jhering¹³⁰, o Direito deixa de ser elemento contemplativo de uma realidade social para ser uma força viva, capaz de transformar e interagir com a realidade social de acordo com as aspirações do conjunto social.

Desta forma, o Direito não é somente um conjunto de regras, para alguns incongruente, mas um conjunto de operações com repercussões sociais que devem ser contextualizadas com ambiente sistêmico, uma vez que a sociedade não é somente uma construção rígida e mecânica de valores cristalizados no Direito¹³¹.

Uma vez que a mecânica do Direito envolve operações comunicativas, não se pode, fatidicamente, reduzir somente às regras positivadas, mas à fronteira entre o sistema do Direito e o ambiente, construída a partir do âmbito interno do próprio sistema jurídico, no qual quanto maior for a capacidade de auto-reflexão, maior será a redução da complexidade e, conseqüentemente, a auto-reflexão em relação à própria função em relação aos sistemas sociais.

¹²⁹ “A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito. Assim, a exigência de ordem resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar conseqüentemente os valores encontrados pensando-os, até ao fim. Em todas as conseqüências singulares e afastando-se apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, - ou por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da ordem no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito, o que, por exemplo, Flume, seguindo Savigny, certamente exprime quando caracteriza o sistema como a conseqüência do Direito, interiormente pressuposta”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **PENSAMENTO SISTEMÁTICO E CONCEITO DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pg. 18-19

¹³⁰ JHERING, Rudolf Von. **A LUTA PELO DIREITO**. São Paulo : Forense, 2002.

¹³¹ “Uma associação ou organização social é um conjunto de pessoas que em seu relacionamento mútuo reconhecem algumas regras como determinantes para seu agir e em geral, de fato, agem de acordo com elas. Estas regras são de diversos tipos e recebem nomes diversificados: há regras do direito, da moral, da religião, do costume, da honra, do bom comportamento, da moda. A estas se juntam algumas regras de menor importância, como, por exemplo, as de jogo, de prioridade (num guichê ou na sala de espera de um médico). Estas regras são realidades sociais, resultado das forças que agem numa sociedade e elas não podem ser abordadas fora do contexto da sociedade em que são vigentes, da mesma forma como não se pode calcular o movimento ondulatório, sem levar em conta o elemento, no qual as ondas estão se propagando. Quanto à sua forma e ao seu conteúdo são normas, isto é, ordens e proibições abstratas, referentes à convivência na associação e destinadas aos integrantes da associação. Além deste tipo de regras do agir também há regras que não são normas, pois não se referem à convivência dos homens: por exemplo, as regras lingüísticas, as regras de gosto e higiene. A norma jurídica, portanto, é apenas uma das regras do agir e neste sentido se assemelha a todas as outras regras sociais”. EHRlich, Eugen. **FUNDAMENTOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1986, pg. 37

Tal característica demonstra que o Direito mantém-se legítimo na sua atividade de regulação do ambiente, sem implicar em uma atividade de dominação ou subordinação¹³². Isso produz uma atividade interativa com o ambiente e adquire ampla compreensão dos acontecimentos sociais, não negando o sujeito, mas não se pautando exclusivamente por ele.

A capacidade de auto-referenciação do sistema permite consolidar e legitimar a morfologia do sistema jurídico como âmbito social diferenciado - pela comunicação interna que o estrutura e pelo acoplamento externo que possibilita a sua própria evolução dialética, encerrando, o Direito, as condições para sua própria mobilidade.

É importante ressaltar que o próprio sistema jurídico encerra um processo de seleção do que é relevante para a sua evolução em uma dinâmica auto-reprodutiva, permeada pela seleção. A atividade seletiva refere-se a aquisição de elementos que contribuem para a construção da dinâmica interna - através das operações fáticas realizadas pelo sistema e o meio ambiente de forma constante.

Em Luhmann, o sistema jurídico busca compreender que a diferença entre ambiente e sistema acarreta a reflexão que necessariamente possibilitará a evolução do código jurídico - pelo entendimento entre os acoplamentos estruturais. Assim a realidade do Direito se constitui não pela construção de um dever ser, mas a partir de uma realidade trazida pela própria realidade jurídica, gerada internamente e externamente acoplada pelas necessidades sociais.

O ordenamento, no plano estrutural, passa a ter a função de construção e conservação das estruturas sociais como um todo através de sua atividade autopoietica que, ao mesmo tempo, reduz a complexidade interior e contribui para controlar a complexidade orgânica.

¹³² “As leis não são propriamente senão condições da associação civil. O povo sujeito às leis deve ser o seu autor; compete unicamente aos que se associam para regular as condições da sociedade: mas de que maneira as regulamentarão? Será de comum acordo, por uma súbita inspiração? Tem o corpo político um órgão para enunciar-lhe essas vontades? Quem lhe dará a previsão necessária para formar os atos e publicá-los antecipadamente, ou como os pronunciará no momento preciso? De que modo uma turba cega, que comumente não sabe o que quer, porque raramente conhece o que é bom, realizaria por si um empreendimento tão grande, tão difícil quanto um sistema de legislação? O povo de si mesmo, sempre deseja o bem, mas nem sempre o vê. A vontade geral é sempre reta, mas o julgamento que a guia não é sempre esclarecido. É preciso fazer-lhe os objetos como eles são, algumas vezes como lhe devem parecer, mostrar-lhe o bom caminho que procura, protegê-la da sedução das vontades particulares, aproximar de seus olhos os lugares e os tempos, equilibrar o atrativo das vantagens atuais e sensíveis, com o perigo dos males distantes e ocultos. Os particulares vêm o bem que rejeitam: o público deseja o bem que não vê. Resulta, então das luzes públicas, a união do entendimento e da vontade no corpo social, daí o exato concurso das partes, e, enfim, a maior força do todo. Eis de onde nasce a necessidade de um legislador”. ROUSSEAU, Jean Jacques. **DO CONTRATO SOCIAL : PRINCÍPIOS DO DIREITO POLÍTICO**. São Paulo : Editora CD, 2001, pgs. 61-62

O próprio Direito, em sua conformação, estabelece o que faz parte de seu âmbito de atuação remetendo à tentativa de autonomia epistemológica proposta por Hans Kelsen¹³³, e determina o que é relevante sistemicamente através da definição do procedimento a ser adotado em cada situação, o que estabelecerá a atividade de comunicação entre os âmbitos orgânicos, reduzindo a complexidade e aumentando o potencial de seletividade. Essa atividade pode ocasionar um acoplamento de maior intimidade entre dois âmbitos sistêmicos por ocasião de um evento que pode atrair a atuação de mais de um sistema.

Destaca-se que o conhecimento adquire novo papel, uma vez que é elemento de solução dos paradoxos e das tautologias¹³⁴ oriundas da atividade de auto-referenciação, envolvendo várias categorias científicas, contribuindo para a referenciação sistêmica, e ainda, estabelecendo, pela autopoiesis, uma nova relação entre a estrutura e a operação e entre a norma e sua decisão, na mecânica de um sistema fechado, mas, em virtude da atividade de referenciação, torna-se aberto somente do ponto de vista cognitivo.

A construção da identidade do sistema e de sua própria complexidade se dá como desdobramento da função autopoietica.

Conforme Kelsen, o Direito não é um desdobramento do Estado ou um atributo social, ou mesmo um instrumento de resposta aos anseios comunitários, mas um sistema independente regido por regras e fundamentos próprios. Ao contrário do que Kelsen coloca, não é somente sistema e norma, mas muito mais que isso, por sua estrutura de comunicação e acoplamento com a sociedade, que funciona em um esquema lógico diferenciado, como um labirinto, em que os conceitos, ideais e problemas deles conseqüentes são tratados de forma policêntrica, como um organismo dotado de inúmeros centros de decisão, que serão

¹³³ “O primeiro ponto que deve ser esclarecido do projeto de Kelsen diz respeito à palavra pura, que utiliza para adjetivar sua teoria. Pura, bem como pureza, para nosso autor, é expressão que enuncia o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que cumpre, a ele, viabilizar: uma leitura específica da juridicidade, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do objeto do Direito, a norma jurídica. Isso significa que a relevância dos aspectos factuais (por exemplo, o conteúdo da norma), políticos (a finalidade que se quer alcançar: econômica, religiosa, social, etc.), sociais (o comportamento dos sujeitos), psicológicos (a intenção do legislador) e éticos (o valor envolvido na prescrição) se não auxiliam na descrição especificamente jurídica da normatividade, devem ser afastados de seu campo explicativo”. BARRETO, Vicente de Paulo. **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DE DIREITO**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, pg. 808.

¹³⁴ “Tecnicamente, uma fórmula do cálculo proposicional que é verdadeira qualquer que seja o valor da verdade atribuído à variáveis proposicionais que nela ocorram. (uma tautologia é, portanto, válida, i.e., verdadeiras em todas as interpretações) Em contextos mais informais, considera-se que uma tautologia é uma proposição que “nada diz” ou que meramente repete uma definição”. BLACKBURN, Simon. **DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997, pg. 375

equilibrados pela atividade jurídica e permeados pelas várias áreas de conhecimento do homem.

Tal conclusão subverte a noção de que o Direito é uma ordem de dominação, por integrá-lo com todas as suas peculiaridades à sociedade.

As diversas escolas do Direito que encararam o fenômeno jurídico em uma determinada visão epistemológica, sempre tentaram estabelecê-lo como uma ordem ou instrumento de dominação¹³⁵ em relação ao todo social.

A tentativa de Kelsen¹³⁶ de atribuir pureza ao Direito, reduzindo-o à norma, foi mais no sentido de estabelecer o real papel do sistema jurídico, que remonta às discussões do Circulo de Viena, que transcendeu vários campos do conhecimento humano, como a linguagem, a ética e a história¹³⁷.

A construção da ciência sobre postulados lógicos a partir do empirismo¹³⁸ (sendo que este se estabeleceu a partir da ciência sensível e do logicismo¹³⁹ e constituiu o chamado empirismo lógico), conduz à conclusão de que a ciência deve

¹³⁵ “O sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão – central para o direito- da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição”. FOULCAUT, Michel. **MICROFÍSICA DO PODER**. Rio de Janeiro : Graal, 1979, pg. 182

¹³⁶ KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000

¹³⁷ “O positivismo lógico, também conhecido como empirismo lógico e empirismo científico; as idéias e o ponto de vista em relação à filosofia associados ao Círculo de Viena. Este grupo foi fundado por Schlick em 1924 e acabou na prática com sua morte em 1936 e com a dispersão dos intelectuais austríacos então ocorrida. G. Bergman, Carnap. H. Feigl (1902 – 1988), Neurath e Waismann foram alguns de seus membros. Wittgenstein não era um membro efetivo do Círculo, apesar de manter um contato próximo com o seu trabalho., reunindo-se regularmente com o grupo de 1927 a 1929 e continuado depois disso em contato com Schlick e Waismann. O interesse central do Círculo de Viena era a unidade da ciência e o delineamento correto do método científico. A idéia era que isso acabaria por funcionar como uma solução final das disputas dos metafísicos. A tarefa da filosofia construtiva tornou-se a análise da estrutura das teorias e da linguagem científica. O positivismo lógico se retraiu em função de um conjunto de pressões. Em primeiro lugar, partilhava os problemas tradicionais do empirismo radical, ao tentar descrever de forma satisfatória a base do conhecimento na experiência. Em segundo lugar, dependia da existência de uma lógica para a ciência, ou, em outras palavras, de uma teoria da confirmação como uma autoridade inquestionável – no entanto, nunca se encontrou tal estrutura e ainda menos uma base para sua autoridade. Esses dois problemas impediram uma formulação rigorosa do princípio da verificação e persuadiram gradualmente ao filósofos da ciência de que existia uma relação mais holista e menos formal entre as frases teóricas e as observações que as sustentavam. Quando se admitiu que essa relação era indireta, as desprezadas teses da metafísica começaram a parecer que poderiam, outra vez, tornar-se respeitáveis. BLACKBURN, Simon. **DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997, pg. 304-305.

¹³⁸ “O Empirismo é a orientação filosófica persistente que procura ligar o conhecimento à experiência. A experiência é concebida como os conteúdos sensoriais da consciência ou como qualquer coisa que se exprime numa determinada classe designada de afirmações cuja verdade possa ser verificada pelo uso de dos sentidos. O empirismo nega que haja qualquer conhecimento exterior a essa classe, ou, pelo menos exterior a tudo o que for dado por uma legítima teorização baseada nessa classe”. BLACKBURN, Simon. **DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997, pg. 115

¹³⁹ “O logicismo é uma abordagem à filosofia da matemática que teve como pioneiros Frege e Russell. De acordo com o logicismo, as verdades lógicas da matemática são verdades lógicas, dedutíveis através de leis, de axiomas lógicos básicos”. BLACKBURN, Simon. **DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997, pg. 233

estabelecer enunciados lógicos que possam ser observados tanto nos conceitos como na linguagem.

Kelsen faz a transposição da filosofia analítica para o âmbito do Direito, buscando estabelecer, principalmente, um objeto científico calcado em uma situação fática sobre a qual adere a norma jurídica, formulada como uma proposição sistematizada e que descreve seu objeto de regulação.

Evidentemente que sobre Kelsen paira uma profunda e marcante influência advinda de Kant - pela divisão ontológica que faz do mundo¹⁴⁰ entre ser e dever ser, causal e de imputação e, principalmente, pela tentativa de pureza, com fundamentos na 'Crítica da Razão Pura', de alienar as normas jurídicas de qualquer conteúdo valorativo.

Implicitamente, ao propor a separação do Direito de outras áreas do conhecimento científico, Kelsen¹⁴¹ reconhece a complexidade da sociedade, sendo que, na pureza do objeto de estudo, busca excluir as complexidades oriundas da sociedade.

Essa purificação trata de esquemas diferenciados, afastando, em primeiro plano, o Direito Natural e os conceitos teológicos e, em segundo plano, uma perspectiva normativa interna, em que postula a separação entre o Direito e elementos políticos, éticos ou ideológicos, tendo como centro a normatividade propriamente dita, e o sistema volta-se ao Direito posto, positivado, onde, finalmente, ele busca o fundamento monista, no qual não há separação entre as várias disciplinas jurídicas.

Somando-se a isso, a construção da nomodinâmica se dá da construção do particular para o geral, sempre observando a validade da norma anterior, que é o fundamento de existência da norma posta, integrada no sistema jurídico, e este produtor de normas válidas.

No campo estático, Kelsen coloca os chamados enunciados que formulam a noção de dever-ser, destinados a regular as condutas humanas, ao contrário do

¹⁴⁰ "O direito é inseparável da faculdade de obrigar, a oposição ao obstáculo de um efeito é requerida por esse efeito e está em conformidade com ele. Ora, tudo o que é injusto contraria a liberdade, segundo leis gerais. A resistência é um obstáculo posto à liberdade. Logo, se algum uso da própria liberdade constitui um obstáculo à liberdade, segundo as leis gerais (isto é, injusto), nesse caso a resistência que lhe se opõe, como se fosse destinada a fazer ceder o obstáculo à liberdade, está conforme à liberdade segundo leis gerais, isto é, que é justa: por conseguinte o direito é inseparável segundo o princípio de contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício". KANT, Immanuel. **DOCTRINA DO DIREITO**. São Paulo : Ícone Editora, 1993, pg. 47

¹⁴¹ KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000

dinâmico, que se refere à produção de normas, integradas na ordem jurídica que busca formar sua unidade, ou seja, o ordenamento através de suas normas atinentes ao processo legislativo cria suas próprias normas.

O fundamento de validade se dá pela norma hierarquicamente superior, no modelo da pirâmide normativa, que tem no vértice a constituição do Estado, afastando a idéia de qualquer outro fundamento do Direito, pois a validade sempre se dá da norma superior para a anterior.

Há sempre a pergunta sobre o que fundamenta o sistema jurídico a partir de seus pressupostos, a chamada norma fundamental, que dá fundamento de validade a todo o sistema que, em Kelsen¹⁴², é pressuposta, ou seja está em um plano metajurídico, pois a norma não é posta, é suposta.

Essa característica da norma fundamental kelseniana é bastante discutida, uma vez que o fundamento de todo o sistema por ele construído está calcado nesse modelo, o que sugere, indiretamente, um acoplamento sistêmico.

Tal conclusão se dá em um outro plano, no neo-positivismo jurídico, que, a partir do modelo kelseniano¹⁴³, busca tratar o sistema jurídico pela ótica da sociologia, estabelecendo o Direito como elemento sociológico e incluindo, na análise, elementos morais, políticos, históricos, etc, e, ao trazer o conceito de sistema, propõe uma grande viragem epistemológica.

De início, observa-se que, em Luhmann, o Direito adquire um sincretismo com as funções do Estado, modelando o protótipo de um Estado interventor, uma vez que todos os conflitos são regulados pelo Direito, este identificado com o Estado em uma só realidade.

Na sociedade, por sua vez encontram-se os sistemas funcionalmente diferenciados, como a economia, a política, todos autopoieticos, ou seja, regulados por regras próprias, elaboradas internamente, no chamado fechamento operacional.

¹⁴² KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000

¹⁴³ “Em termos ontológicos, a definição positivista do Direito como sistema de normas postas por atos de vontade levanta o problema da fundamentação, da legitimidade do Direito. Neste sentido, a norma fundamental é a representação mais lúcida da situação trágica do Direito moderno. Ela é o fundamento de um direito sem fundamento. Em termos epistemológicos, como sociologia da dominação burocrática, ela apenas estabelece padrões para uma burocracia que determina seus próprios padrões, uma vez que é a efetividade, e não a validade, que confere caráter científico à descrição do jurista. Neste sentido, o positivismo revela-se como tentativa de controlar uma burocracia que ele mesmo demonstra ser incontrolável. Como axiologia jurídica, o positivismo representa a tentativa de fornecer segurança a um mundo em que a presença do outro gera insegurança. O Direito, que para os clássicos só faz sentido a partir da alteridade, da presença do outro, agora passa a ver a presença do outro como uma ameaça aos seus interesses”. BARRETTO, Vicente de Paulo. **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DE DIREITO**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, pg. 646

As interferências ocorrem pelos efeitos advindos das irritações, que ocorrem através do acoplamento estrutural, o que explica que o sistema funciona em função do ambiente.

O ordenamento jurídico, por sua vez, igualmente constitui um sistema, noção já largamente trabalhada por Claus Wilhelm Canaris¹⁴⁴.

A noção de ordenamento e unidade demonstra uma relação íntima de intercâmbio, sendo que, a ordenação buscará trabalhar os conceitos racionalmente estabelecidos, fundados na realidade. A unidade, apesar dos fatores modificantes, evitará que haja a multiplicidade desconexa através dos princípios fundamentais, que atribuirão, ao sistema, coerência e uniformidade.

Mesmo em Kelsen¹⁴⁵ a idéia de sistema já está muito presente, principalmente quando trata as noções de sistema estático e dinâmico¹⁴⁶, embora a compreensão de sistema em Kelsen seja bastante diferente da colocada por Luhmann.

Em Luhmann a idéia de sistema é mais abrangente, uma vez que busca tratar de toda a sociedade e não somente de um determinado âmbito, como Kelsen propõe epistemologicamente¹⁴⁷.

¹⁴⁴ “Um sistema lógico-formal é igualmente inadequado para exprimir a unidade interior e a adequação de determinada ordem jurídica positiva. Não obstante, este ideal dominou por longo tempo a Ciência do Direito alemã, tendo os partidários da chamada jurisprudência dos conceitos firmado como objetivo a elaboração de um sistema desse tipo. Max Weber caracterizou o conceito de sistema em causa de modo certo, na sua sociologia do Direito, da seguinte forma: segundo os nossos actuais hábitos de pensamento, ela traduz a concatenação de todas proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas se formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer que todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial. Nos bastidores desta concepção encontra-se, manifestadamente o conceito positivista de Ciência, elaborado tendo como ideais a matemática e as ciências da natureza. CANARIS, Claus-Wilhelm. **PENSAMENTO SISTEMÁTICO E CONCEITO DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pg. 28-29

¹⁴⁵ Kelsen, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000

¹⁴⁶ “Sistema estático é aquele em que as normas estão ligadas umas às outras, como as proposições em um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que se deduzem umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas em um sistema científico. (...) Sistema dinâmico, por sua vez, é aquele em que as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do seu conteúdo, mas da autoridade que as estabeleceu: uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até se chegar à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima de si”. BOBBIO, Norberto. **TEORIA GERAL DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2007, pg. 220

¹⁴⁷ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”. Kelsen, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000, pg. 01

Na Teoria de Sistemas há a proposta de construir três dimensões¹⁴⁸, uma temporal, ligada à normatividade, a social, ligada à institucionalização, e a prática, que se refere à significações.

O Direito atua no sentido de reduzir expectativas advindas das contingências, onde, através da segunda dimensão, correrá a institucionalização das expectativas, o que ocorrerá pelo consenso e na dimensão prática, construída através das limitações recíprocas, estabelecidas nas dimensões práticas, em um sistema profundamente inter-relacionado.

Nesse aspecto, o Direito não atua coercitivamente, mas aliviando as tensões entre os diversos âmbitos do organismo social, o que demonstra que o sistema jurídico é normativamente fechado mas cognitivamente aberto.

O Direito é, portanto, sensível e dinâmico às modificações sociais, funcionando como redutor de complexidades e instrumento afirmador das expectativas sociais e, também, redutor das frustrações ocorridas, advindas das contingências.

Estes aspectos demonstram que Luhmann e Kelsen¹⁴⁹ são diametralmente contrários, por este trabalhar através da norma e aquele a partir do social, um de forma interna enquanto o outro de forma externa, integrada em um contexto, embora sem descurar das peculiaridades internas.

Em Kelsen o Estado é elemento chave na característica coercitiva do Direito, calcada na noção da norma fundamental¹⁵⁰.

Há em Luhmann a contraposição a Kelsen, pela idéia de que é necessária a análise interdisciplinar dos sistemas, aí incluído o Direito, que se comunica com seu

¹⁴⁸ “A Teoria Tridimensional do Direito nasceu de uma intuição de juventude de Miguel Reale, intuição essa que provocou a sua curiosidade desde os bancos acadêmicos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, nos idos de 1930. Para fins meramente pedagógicos, grandes filósofos dividiam o Direito em três partes, a saber: uma destinada à teoria dos fenômenos jurídicos; outra cuidando dos interesses e valores que atuam na experiência jurídica e, finalmente, uma terceira relativa à teoria da norma jurídica. Foi justamente essa divisão tripartida da experiência jurídica que deixou Miguel Reale intrigado, de modo que passou a se colocar algumas hipóteses: será que “no fundo dessa divisão pedagógica não se esconde um problema essencial quanto à estrutura da experiência jurídica? Não é necessário ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si”. CELLA, José Renato Gaziero. **TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**. Curitiba : Juruá, 2001, pgs. 45-46

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000

¹⁵⁰ “A derivação de normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. (...) Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade dessa última constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. (...) O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida”. KELSEN, Hans. **TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO**. São Paulo : Martins Fontes, 1998, pg. 168-169.

entorno social¹⁵¹, influenciando-se mutuamente, o que afasta a idéia de pureza do Direito, ainda presente dogmaticamente.

O Direito passa a ser influenciado pela contingência e pelos acoplamentos estruturais, ocorridos nas dimensões temporal, social e prática, evidenciando uma relação do sistema jurídico e a realidade social ao seu redor¹⁵², construindo toda uma práxis cognitiva.

Pelos paradoxos que trouxe para a sociedade, verifica-se que em muitos aspectos Luhmann combate a noção de normativismo puro de Kelsen, apesar de seu presente vigor ainda em muitos ordenamentos e sistemas jurídicos em todo o mundo¹⁵³.

Essa assertiva se dá pelo fato de que, embora sempre tenha se buscado uma aplicação desvalorada do Direito em Kelsen, sempre se imporá a consciência de que o jurista está inserido em um meio social, e com ele se comunica, pois na sociedade existe comunicação, embora de forma especializada aos vários âmbitos sociais¹⁵⁴.

¹⁵¹ “O Estado limita-se, exclusivamente, à produção jurídica. Todavia isso não significa que ele produza Direito substancialmente. Ele nada faz a não ser constatar o valor jurídico de interesses como ele é produzido segundo a consciência jurídica dos cidadãos”. SCHMITT, Carl. **TEOLOGIA POLÍTICA**. Bello Horizonte : Editora Del Rey, 2006, pg. 23

¹⁵² “Nos países de direito romanista, a lei tornou-se a principal fonte de direito no século XIX. Ela é mesmo, segundo a teoria do positivismo legalista, a única fonte de direito positivo; pois só o Estado pode fixar a formular as normas obrigatórias sob a forma de leis; a lei constituiria todo o direito; não haveria outro direito senão a lei; a Cour de Cassations (supremos tribunais) não pode revogar uma decisão judicial senão no caso de ela revogar uma decisão judicial senão no caso de ela violar uma lei. Esta concepção do direito dominou largamente no século XIX em França e na maior parte dos países de direito romanista. Combatida duramente no século XX por numerosos juristas que admitem uma certa autoridade jurídica do costume, da jurisprudência, da doutrina, da equidade, dos princípios gerais do direito, e que lhes reconhecem mesmo a dignidade de fontes do direito, ela resistiu no campo dos práticos; os juizes procuram quase sempre um texto legislativo para justificar a sua decisão. A lei invadiu, de resto, no nosso século, domínios deixados precedentemente pelo costume, por exemplo os direitos infra-estatais, tais como os direitos profissionais e os disciplinares”. GILISSEN, John. **INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pg. 417

¹⁵³ “As sociedades tradicionais podem aprender com nossa experiência, que não se reduz apenas às invenções tecnológicas. Pois a cultura da modernidade repousa em certas aquisições de que não temos de nos envergonhar. Algumas idéias, a título de exemplo: o conflito nem é sempre patológico, mas pode ser tão necessário quanto a harmonia para a reprodução da sociedade; o domínio das forças naturais pode fazer o homem viver em melhor entendimento com o mundo, preocupar-se unicamente com a identidade pode conduzir a enfrentamentos por outro lado evitáveis; a diferenciação sexual é muito amiúde sinônimo de dominação de um sexo sobre outro etc. Outro trunfo, a invenção da antropologia: embora árabes, chineses e hindus tenham desenvolvido suas próprias abordagens da alteridade, suas tentativas não assumiram a mesma amplitude daquelas realizadas pelo Ocidente desde o final do século XIX. Mas a experiência das sociedades não ocidentais nos é também indispensável. De um lado, porque o século XXI, contrariamente ao que se disse, não será o da “aldeia planetária”. Muito pelo contrário, o que se delineia é um sistema pluripolar: dispomos de meios técnicos ricos de possibilidades para transmitir muito longe e muito depressa informações, mas somos bem mais fracos quanto à elaboração dos meios culturais dessa comunicação. Os procedimentos erráticos do desenvolvimento jurídico transferido, as possíveis derrapagens das ideologias dos direitos do homem o mostram bem”. ROULAND, Norbert. **NOS CONFINS DO DIREITO**. tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão : São Paulo : Martins Fontes, 2003, pgs. 405-406

¹⁵⁴ “Em Aristóteles, política e ética caminham de mãos dadas. A preocupação da filosofia, enquanto capacitada para a dialética do espírito, é a de fornecer parâmetros para a boa atuação seja do legislador, seja do homem do estado. A filosofia *perfecciona* o sistema de idéias em torno da constituição política e permite o estabelecimento de novas dimensões para a coisa pública. Não sem menos, o legislador deve ser versado na matéria ética para bem desvincular-se de suas altas atribuições. A cidade-estado é um conglomerado político, e, como tal, tem por princípio de sua conformação o governo por meio das *politeiai*. Estas são o espelho do próprio sistema e

Talvez se verifique isso quando se estuda as fontes do Direito e percebe-se que estas estão profundamente enraizadas no organismo social¹⁵⁵.

Em Luhmann a comunicação é função básica, e a sua ocorrência a propiciará mais ainda, interessando, às atividades necessárias, por possibilitar a existência da sociedade em uma atividade constante de reinvenção social, primada pela noção de autoconsciência social.

O Direito em Luhmann está profundamente ligado ao mundo de valores que orientam a sociedade, pela relação dos sistemas entre si e consigo mesmo.

Curiosamente verifica-se que a sociedade compõe-se de organizações e interações, mas não se constitui da soma delas justamente por ser altamente diferenciada em seus vários âmbitos, sendo, portanto, a coordenação daquelas, característica inerente à modernidade¹⁵⁶.

Assim, à diferença entre sociedade, interação e organização, que moldam o modelo social posto, transformando o improvável em provável, o implausível em plausível pelo aumento da complexidade e sua reação, o crescimento da pressão seletiva, que busca reduzir essa complexidade, verifica-se a evolução social pela estruturação efetiva da complexidade.

O Direito opera como elemento estabilizador de todo o organismo, reagindo às agressões do meio-ambiente.

vinculam a todos os cidadãos. Estes, por sua vez, são os elementos primordiais a partir dos quais se forma o núcleo intitulado *polis*, o que motiva a que o processo de investigação se inicie pelo mais simples e se entenda ao estudo do mais complexo, do *polités* à própria *polis*". BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **CURSO DE FILOSOFIA ARISTOTÉLICA : LEITURA E INTERPRETAÇÃO DO PENSAMENTO ARISTOTÉLICO**. Barueri : Editora Manole, 2003, pgs. 1211-1212

¹⁵⁵ "Em todos os direitos dos povos sem escrita, a fonte do direito é quase exclusivamente o costume, ou seja a maneira tradicional de viver na comunidade, a conduta habitual e normal dos membros do grupo. É por isso que se chama geralmente a estes direitos "direitos consuetudinários", em inglês *customary law*. A obediência ao costume é aqui assegurada pelo temor dos poderes sobrenaturais; por isso, direito e religião se misturam aqui. Mas o costume é também respeitado, como na Idade Média e como hoje, pelo medo da opinião pública, mais especialmente do desprezo do grupo no qual se vive. E também, em numerosos casos em que o grupo social conhece alguma certa organização, por sanções impostas por aqueles que detêm o poder. (...) O costume não é, no entanto, a única fonte dos direitos dos povos sem escrita. Nos grupos sociais relativamente evoluídos, acontece que aqueles que detêm o poder impõem regras de comportamento, dando ordens de carácter geral e permanente. Trata-se então de verdadeiras leis, no sentido jurídico e moderno do termo; mas são leis não escritas pois elas são enunciadas em grupos sociais que não conhecem a escrita. (...) O precedente judiciário pode ser também uma fonte criadora de regras jurídicas nos direitos dos povos sem escrita; os que julgam, sejam eles o chefe ou os anciãos, têm a tendência, voluntária ou involuntariamente, para aplicar aos litígios soluções dadas precedentemente a conflitos do mesmo tipo". GILISSEN, John. **INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pg. 37.

¹⁵⁶ "Afirmar que o projeto da modernidade se esgotou significa, antes de mais, que se cumpriu em excessos e défices irreparáveis. São eles que constituem a nossa contemporaneidade e é deles que temos de partir para imaginar o futuro e criar as necessidades radicais cuja satisfação o tornarão diferente e melhor que o presente. A relação entre o moderno e o pós moderno é, pois, uma relação contraditória. Não é de ruptura total como querem alguns, nem de linear continuidade como querem outros. É uma situação de transição em que há momentos de ruptura e momentos de continuidade. A combinação específica entre estes pode mesmo variar de período para período ou de país para país". SANTOS, Boaventura de Sousa. **PELA MÃO DE ALICE : O SOCIAL E O POLÍTICO NA PÓS-MODERNIDADE**. São Paulo : Cortez, 2003, pg. 103.

O acoplamento, então, regula paradoxalmente a autopoiese dos sistemas - pela constante interação que existe nos vários sistemas, podendo, inclusive, haver a utilização da complexidade de um sistema por outro, pela autopenetração¹⁵⁷, que se verifica quando há características comuns entre dois sistemas, como por exemplo na atividade de tributação, onde encontram-se a política e a economia, permeadas pelo Direito, ou entre a política e o Direito, a Constituição¹⁵⁸, etc, constituindo, o acoplamento, uma conexão que possibilita o trânsito entre os diversos sistemas.

Interessantemente o elemento poder, embora oriundo especificamente do sistema político, em alguns momentos pode haver um deslocamento, realizando-se em outros sistemas sociais, por suas próprias necessidades, sem haver a reprodução presente no sistema político. Quando ocorre essa reprodução, automaticamente há um deslocamento para o sistema político.

O poder, cumpre destacar, trabalha por meio de sanções - negativas ou positivas, que pode converter-se em negativas - e devem ser evitadas pela realização de determinadas ações; isto mostra que a atividade comunicativa aí ganha algumas peculiaridades, uma vez que o poder busca primordialmente obediência.

O poder utiliza-se da possibilidade da sanção e a fórmula para evitá-la¹⁵⁹, que é a sua base, uma vez que a possibilidade de sanção pela realização do comando dado, busca reduzir ou eliminar sua possibilidade de contraposição, havendo sempre, implicitamente, a diferenciação entre superiores e subordinados.

¹⁵⁷ "Para Luhmann, tanto a sociedade como o indivíduo devem ser vistos como sistemas. A sociedade constitui-se num sistema social e o (s) indivíduos (s) em sistema (s) psíquicos (s). Os sistemas, em Luhmann, são incomunicáveis diretamente. Para um sistema auto-referenciado, tudo o que não for ele mesmo é meio-ambiente, inclusive os demais sistemas, imaginando-se um sistema-mundo. Tudo o que o meio ambiente faz é irritar o sistema que pode responder auto-organizando-se e, neste caso, estaríamos frente a comunicação indireta, ou uma autocomunicação. É neste sentido que Luhmann (1988) se refere 'improbabilidade da comunicação e também é aí que se dá o espaço, não determinista como afirmam alguns, mas justamente construtivista da sociologia luhmaniana". RODRIGUES, Léo Peixoto e MENDONÇA, Daniel de. **ERNESTO LACLAU E NIKLAS LUHMANN : PÓS-FUNDACIONISMO, ABORDAGEM SISTÊMICA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2006, pg. 93-94

¹⁵⁸ "Se, além disso, os órgãos e instâncias constitucionalmente previstos ainda não forem capazes de uma vontade política uniforme, torna-se, assim, inevitável que a substância política emigre para alguns pontos do sistema social ou político. Outros poderes, sejam eles legais ou apócrifos, assumem voluntária ou forçosamente, consciente ou semiconscientemente o papel do Estado, e governam, a bem dizer, sub-repticiamente". SCHMITT, Carl. **O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO**. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2006, pg. 147

¹⁵⁹ "Assim como chamamos de sanção interna aquela que infligimos a nós mesmos, podemos chamar de externa aquela que nos provém dos outros, ou singularmente considerados ou enquanto grupo social. Quando a violação de uma norma suscita uma resposta por parte dos outros com os quais convivemos, a norma é externamente sancionada. A sanção externa é característica das normas sociais, ou seja, de todas aquelas normas do costume, das boas maneiras, da vida associada em geral, que têm por finalidade tornar mais fácil ou menos difícil a convivência. Essas normas nascem, em geral, em forma de costumes, a partir de um grupo social, e é o próprio grupo social que responde à violação dessas normas com diversos comportamentos que constituem as sanções". BOBBIO, Norberto. **TEORIA GERAL DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2007, pg. 137

Legitimidade¹⁶⁰ do poder é trazida pelo Direito, onde quer que aquele se manifeste, pela codificação interna do Direito, ou seja, o poder passa por recodificação por parte do Direito, que o legitima ou não diante da comunidade, o que ocorre pela lei e pela jurisprudência. Observa-se que o poder interage com outros poderes e com eles desenvolve relações, podendo, com seu uso excessivo, haver a hipertrofia.

O código de poder será, em um primeiro momento, estabelecido pela política, por várias diferenciações, como esquerda ou direita¹⁶¹, conservador ou progressista¹⁶², que estabelecerá os valores que conferirão uma coloração ao poder, um parâmetro axiológico para a sua aplicação.

Interessante observar que existem modelos políticos que têm, como característica, a inclusão do indivíduo no processo de formação da vontade, por meio da abertura política generalizada, principalmente nos modelos baseados no Estado do bem estar, a despeito de algumas dificuldades geradas pela carência de meios, apesar de estabelecer grande interferência estatal em alguns setores da sociedade, como a economia.

Cumprе destacar que em alguns pontos críticos, em relação ao Estado e ao Direito, é que não há coincidência entre o sistema político e o Estado, e o mesmo pode ser dito em relação ao Direito, a despeito de ácidas discussões acerca do

¹⁶⁰ “Na linguagem comum, o termo Legitimidade possui dois significados, um genérico e um específico. No seu significado genérico, Legitimidade tem, aproximadamente, o sentido de justiça ou de racionalidade. (fala-se na Legitimidade de uma decisão, de uma atitude, etc.) É na linguagem política que aparece o significado específico. Neste contexto, o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de Legitimidade. O que no interessa aqui, é a preocupação com o significado específico. Num primeiro enfoque aproximado, podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado. Que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de uma grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado”. BOBBIO, Norberto. **DICIONÁRIO DE POLÍTICA**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2004, pg. 675.

¹⁶¹ “Por fim, esses autores também retomam a ênfase sobre o direito legal dos parlamentos a atuar como uma limitação para o poder real – outra característica tradicional do pensamento constitucionalista francês que, no entanto, Hotman estranhamente procurara denegrir. Mais uma vez, a exposição mais completa encontra-se na Defesa de Mornay, na seção que trata das relações do povo com o rei. Esse pensador considera o Parlamento de Paris um “juiz entre o rei e o povo, e especialmente entre o rei e cada indivíduo em particular”. Se o rei “procurar a agir”, “em contravenção à lei”, contra um indivíduo, o Parlamento tem o dever e o direito de providenciar para que se faça a justiça”. SKINNER, Quentin. **AS FUNDAÇÕES DO PENSAMENTO POLÍTICO MODERNO**. São Paulo : Companhia das Letras, 1996, pg. 587

¹⁶² “A razão da representação política está em possibilitar o controle do poder do Estado por aqueles que não podem exercê-lo pessoalmente. Maurizio Cotta fornece a seguinte definição de representação política: “uma relação de caráter estável entre cidadãos e governantes por efeito da qual os segundos estão autorizados a governar em nome e seguindo os interesses dos primeiros e estão sujeitos a uma responsabilidade política de seus próprios comportamentos frente aos mesmos cidadãos por meio de mecanismos institucionais eleitorais”. MEZZAROBÀ, Orides. **INTRODUÇÃO AO DIREITO PARTIDÁRIO BRASILEIRO**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2003, pg. 20

tema¹⁶³, observando-se que, diferente da política, o Estado trabalha com um sistema de decisões concatenadas, diferente do sistema político, que trava seus embates em territórios delimitados, mas com um sistema bastante peculiar, com uma lógica própria¹⁶⁴, o que confere uma complexidade toda especial ao sistema, que é permeada pelas suas implicações jurídicas.

No entanto, observa-se que no decorrer do século XX ocorreu impressionante viragem no papel do Estado e do Direito nas relações sociais, com uma profunda mudança de paradigmas, ocasionada, principalmente, pela transformação do modelo capitalista e da sociedade industrial¹⁶⁵.

Os padrões sociais passaram a ser transformados por novo conjunto de metas e valores sociais que, diretamente, repercutiu no mundo jurídico.

O fenômeno da globalização¹⁶⁶, que não foi só econômico, mas também social, foi um vetor das principais transformações ocorridas no século XX, como a construção dos modelos dos blocos econômicos, o crescimento do terrorismo, o surgimento de grandes conglomerados econômicos, alguns mais poderosos que governos, e o conseqüente deslocamento do poder da esfera política para a esfera econômica, enfraquecendo o grande ator de outrora, o Estado-Nação¹⁶⁷.

¹⁶³ “A concepção individualista da sociedade, ocasionada pelo jusnaturalismo, significou que, em primeiro lugar, viria o indivíduo, o qual possui valor em si mesmo, para, somente depois, vir o Estado, e não o contrário, uma vez que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado. Tal é a compreensão que se pode fazer do artigo segundo da Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, que dispõe sobre a conservação dos direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, do homem como o objetivo de toda associação política”. BOTELHO, Alexandre. **CURSO DE CIÊNCIA POLÍTICA**. Florianópolis : Obra Jurídica, 2005, pg. 166

¹⁶⁴ Maquiavel e a função do político

¹⁶⁵ “As sociedades capitalistas estão a passar por transformações profundas sem que, no entanto, tenham deixado de ser capitalistas. As ciências sociais não têm meios de saber se, como ou quando o deixarão de ser e, muito menos, a forma que tomarão quando suceder, se suceder. Em termos de ciência social, somos forçados a navegar à vista. Em compensação, temos um certo treino na interpretação dos sinais. Neste domínio, a conclusão mais segura que se pode tirar deles é que a pujança do capitalismo produziu dois efeitos complementares; por um lado, esgotou o projecto da modernidade, por outro lado, fê-lo de tal modo que se alimenta desse esgotamento e se perpetua nele”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **PELA MÃO DE ALICE : O SOCIAL E O POLÍTICO NA PÓS-MODERNIDADE**. São Paulo : Cortez, 2003, pg. 102

¹⁶⁶ “Nem sempre os conselhos propiciados aos países em desenvolvimento coincidem com o extremo liberalismo econômico do ideário neoliberal. Uma exceção notável nesse sentido são os seguidores da globalização prescritiva – favoráveis à mais ampla eliminação das barreiras ao livre fluxo dos financiamentos, dos capitais para investimento e das mercadorias e serviços – raramente concordarem na prática com a extensão de igual liberdade à movimentação do fator trabalho. Até no que se refere à liberalização comercial, a abordagem costuma ser seletiva, excluindo a agricultura, os têxteis e as confecções, os chamados produtos “sensíveis”, coincidentemente os de maior potencial exportador para as economias em desenvolvimento”. RICUPERO, Rubens. **O BRASIL E O DILEMA DA GLOBALIZAÇÃO**. São Paulo : Editora SENAC, 2001, pgs. 28-29

¹⁶⁷ “La forme actuelle de la mondialisation a peu à offrir à la grande majorité des peuples du Sud : profitable pour une minorité de personnes, elle exige en contrepartie la paupérisation des autres, en particulier des sociétés paysannes, qui rassemblent près de la moitié de l’humanité. A l’échelle globale, la logique du profit entraîne la progressive destruction des bases naturelles de la reproduction de la vie sur la planète. Avec la privatisation des services publics, elle réduit aussi les droits sociaux des classes populaires. Au vu de cette réalité, le capitalisme, dont la mondialisation est l’expression contemporaine, devrait être considéré comme un système obsolète. Cependant, la majorité des mouvements qui luttent contre ses effets remettent de moins en moins en question ses principes fondamentaux, ce qui hypothèque leur capacité de proposer des solutions alternatives pourtant à la fois nécessaires et possibles. Celles-ci devraient associer, et non dissocier, la démocratisation de la

No entanto, permanecem a miséria, a exploração, a opressão, a desagregação, a desvalorização e a degradação do ser humano e do meio ambiente.

A realidade do mercado está substituindo gradativamente alguns valores que fundaram a existência do tecido social enquanto grupo, como a cultura e a identidade enquanto nação, que é subvertida pelo consumo indiscriminado de bens e valores comercializados em nível global, o que, em muitos aspectos, afeta a identidade do indivíduo enquanto membro de uma coletividade e um grupo social, repercutindo no campo psicológico pela possibilidade da diferenciação entre o mundo sensível, de contingências, e o mundo contextualizado na realidade de vida do indivíduo, que passa a buscar realidades que não são suas.

O fenômeno descrito logicamente tem intensas repercussões no mundo do Direito, que se transmudou em função de internacionalização das relações comerciais¹⁶⁸, em detrimento da construção dos direitos sociais, humanos e ambientais¹⁶⁹.

Destaca-se que a construção dos modelos jurídicos de modo globalizado ocorre como processo desde a idade moderna¹⁷⁰, firmando-se na construção dos Estados Modernos. No entanto, depois do conturbado século XX, as realidades sociais transformaram o papel do homem no contexto do seu microcosmo individual relacionado com o macrocosmo social, com inúmeras transformações de cunho nuclearizado na sociedade, proporcionadas pelas inúmeras transformações

gestion de tous les aspects de la vie – politique, économique, sociale, écologique et familiale – à des progrès bénéficiant à tous les citoyens, en commençant par les plus démunis. Ces solutions de rechange devraient aussi impliquer le respect de la souveraineté des Etats, des nations et des peuples, et la construction d'un système international polycentrique afin de substituer aux rapports de forces l'obligation de la négociation ». AMIN Samir. **QUEL ALTERMUNDIALISME ? LE MONDE DIPLOMATIQUE**, janvier 2007 page 28.

¹⁶⁸ “O programa de Ação Econômica do Governo, elaborado por Roberto Campos, previa que, como resposta à sua política benfeitoria, os capitais afluíam do exterior para impulsionar o desenvolvimento do Brasil e contribuir para a sua estabilização econômica e financeira. Anunciaram-se para 1965 novas inversões diretas, de origem estrangeira, de 100 milhões de dólares. Chegaram a setenta. Para os anos seguintes, assegurava-se, o nível superaria as previsões de 1965, porém as convocatórias forma inúteis. Em 1967, entraram 76 milhões; a evasão por lucros e dividendos, assistência técnica, patentes, royalties ou regalias e uso de marcas superou em mais de quatro vezes a nova invasão. E a essas sangrias tem-se que agregar, ainda, as remessas clandestinas. O Banco Central admite que, fora das vias legais, emigraram do Brasil 120 milhões de dólares em 1967”. GALEANO, Eduardo. **VEIAS ABERTAS AMÉRICA LATINA**. Rio de Janeiro : Editora Paz e Terra, 2005, pg. 291

¹⁶⁹ “Nessa nova economia, o capital funciona “em tempo real”, movimentando-se rapidamente pelas redes, ele é investido em atividades econômicas de todo tipo, e a maior parte dos lucros são redirecionados para a meta-rede de fluxos financeiros. As tecnologias sofisticadas de informática e telecomunicações permitem que o capital financeiro mova-se rapidamente de uma opção para a outra numa incansável busca de oportunidades de investimento pelo planeta inteiro, o que faz com que as margens de lucro no mercado financeiro, sejam em geral, muito mais altas do que na maioria dos investimentos diretos. Por isso, todos os fluxos de dinheiro convergem, em última análise, para as redes financeiras internacionais, sempre à procura de ganhos maiores”. CAPRA, Fritjof. **CONEXÕES OCULTAS – CIÊNCIA PARA UMA VIDA SUSTENTÁVEL** : São Paulo : Editora Cultrix, 2002, pg. 148

¹⁷⁰ Gilissen

ocorridas no contexto mundial e, de forma instantânea, transmitidas a todos os pontos do globo, tanto relacionadas com a economia, a cultura, as ideologias e até mesmo no campo espiritual, causando o rompimento dos paradigmas estabelecidos anteriormente.

Cumprir observar que a velocidade dos processos de transformação hoje é muito maior do que outrora, ocorrendo ainda de forma mais dramática, uma vez que as transformações se dão em conjunto, em contexto global, de forma simultânea em muitas esferas.

A sociedade do conhecimento, fruto dos processos de construção da ciência havidos até os dias de hoje, está distanciando-se da sociedade capitalista tradicional baseada em um sistema de padrões sociais mundiais.

Os tradicionais símbolos, ou modelos, estão sendo abandonados em prol de uma nova construção, pela catalisação de novos valores para o Direito, construindo-se um novo modelo empírico¹⁷¹.

A sociedade passa a ser descentralizada, constrói-se não o direito à igualdade, mas o direito à diferença¹⁷², com igualdade de sexos, com uma nova filosofia para a propriedade, com controle sobre o conhecimento, impulsionados por organizações globais que, paradoxalmente, mantêm os valores sociais baseados na alta competitividade, na divisão aprofundada das classes sociais e no espírito acirrado de competição, o que são modelos acentuadamente excludentes.

Essa exclusão traz o lado amargo do processo de evolução global, que mesmo com a integração e as tecnologias, ele continua a ser desigual e contraditório, demonstrando que o mundo continua a ser global.

¹⁷¹ “Nas décadas de 1940 e 1950, Talcott Parsons, um dos grandes teóricos sociais da época, desenvolveu uma “teoria geral das ações” que era fortemente influenciada pela teoria dos sistemas. Parsons procurou integrar o estruturalismo e o funcionalismo numa única estrutura teórica, partindo do princípio de que as ações humanas são ao mesmo tempo orientadas por um objetivo e constrangidas (pelas condições exteriores). À semelhança de Parsons, muitos sociólogos da época afirmaram a importância das intenções e objetivos pelo conceito de “atividade humana”, ou ação intencional. A tendência sistêmica de Talcott Parsons foi levada adiante por Niklas Luhmann, um dos mais inovadores dentre os sociólogos contemporâneos, que foi inspirado pelas idéias de Maturana e Varela para desenvolver uma teoria de “autopoiese social”. CAPRA, Fritjof. **CONEXÕES OCULTAS – CIÊNCIA PARA UMA VIDA SUSTENTÁVEL** : São Paulo : Editora Cultrix, 2002, pg. 89

¹⁷² “Os sistemas de desigualdade e exclusão em que nos enredamos quotidianamente resultam de complexas teias de poder, pelas quais grupos hegemônicos constroem e impõem linguagens, ideologias e crenças que implicam a rejeição, a marginalização ou o silenciamento de tudo o que lhes oponha. Esta é um processo histórico de hierarquização, segundo o qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita, definindo uma fronteira além da qual tudo é transgressão. É com estas regras que todos os grupos atingidos pelo interdito social – os loucos, os criminosos, os ciganos, os homossexuais, etc. – são empurrados para a margem da heterotopia. Quando falamos de igualdade e diferença, estamos necessariamente condicionados por um contexto que não é, pois, neutro. Falar do direito à diferença nunca é o mesmo que reivindicar direitos iguais para todos. O direito à diferença exige a especificidade sem desvalorização, a alternativa sem culpabilização, a aplicação rigorosa de um imperativo categórico. SANTOS, Boaventura de Sousa. **RECONHECER PARA LIBERTAR**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003, pg. 339.

Surpreendentemente, em vários lugares, busca-se preservar a identidade local, pelos laços culturais e sociais, o que também é possibilidade da crescente debilidade da entidade Estado, o que é verificado pelos inúmeros conflitos e embates religiosos, étnicos e culturais, pelo crescimento do terrorismo, entre outros¹⁷³.

O choque entre as sociedades de informação e as sociedades aliadas do processo de desenvolvimento, tem trazido um acentuado subdesenvolvimento, gerando grupos sociais desajustados, como de imigrantes e trabalhadores em busca de oportunidades nos países desenvolvidos¹⁷⁴.

¹⁷³ “O declínio do Estado, na verdade, ocorre com mais intensidade sob o modo capitalista de produção, não sob a forma de sua retração absoluta da esfera econômica ou mesmo política, mas no sentido da progressiva emergência de um espaço público que supera a estrita regulação nacional da vida econômica e social. Mais e mais regulamentos que presidem à vida dos cidadãos estão sendo elaborados, não no âmbito estrito dos Estados nacionais soberanos, mas discutidos e implementados em nível regional ou no seio e através de organizações intergovernamentais e de agrupamentos de países, do tipo União Européia, NAFTA, Organização Mundial do Comércio, etc. O mundo contemporâneo vive hoje, mais do que nunca, numa atmosfera de siglas. Estaremos assistindo a uma evolução irreversível do Estado, desde a cidade-Estado do tipo ateniense até o conglomerado comunitário ao estilo europeu? Não necessariamente, mas o fato é que, como resultado de tendências econômicas aparentemente irresistíveis – como a globalização e a regionalização – as economias nacionais, via comércio e investimentos, se tornam mais e mais interligadas, de fato interdependentes. Por outro lado, muitos dos problemas não estritamente econômicos – como meio ambiente, terrorismo, drogas, direitos humanos – podem ser encaminhados de forma mais conseqüente no plano internacional do que no âmbito cada vez mais limitado do Estado nacional”. ALMEIDA, Paulo Roberto. **OS PRIMEIROS ANOS DO SÉCULO XXI : O BRASIL E AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS CONTEMPORÂNEAS**. São Paulo : Editora Paz e Terra. 2002., pg. 38

¹⁷⁴ « Fin de l’empire français en Afrique », « La France lâche l’Afrique », « Paris est dépassé »... Les titres alarmistes des journaux français et étrangers se multiplient. En outre, la littérature critique de la « francAfrique » ne cesse de proliférer depuis le début des années 1990, tandis que l’implication de Paris dans des drames tels que le génocide au Rwanda a achevé de brouiller son image. La crise est profonde : « Il serait temps, avertit ainsi Pascal Chaigneau, directeur du Centre d’études diplomatiques et stratégiques (CEDS), si l’on souhaite préserver notre crédibilité et nos intérêts, de quitter la politique des petits pas et des faux pas pour élaborer ce que le président Senghor avait appelé une vision de ce que l’Afrique devrait être pour la France et de ce que la France pourrait faire pour l’Afrique. » En effet, depuis la fin de la guerre froide, la France a progressivement perdu sa « place de choix » sur le continent. Ses entreprises sont concurrencées par les firmes chinoises et américaines, et son autorité politique en Afrique francophone se voit contestée : en Côte d’Ivoire notamment, le président Laurent Gbagbo se présente comme le porte-parole de nouvelles élites souhaitant remettre en cause son « diktat » ; au Togo ou au Tchad, les oppositions dénoncent le soutien de Paris aux régimes autoritaires en place. Nombre d’Africains pensent que la France a sacrifié leurs intérêts au profit des siens. Ils estiment qu’elle s’enferme dans une rhétorique éloignée des réalités. Des écrivains comme le Sénégalais Boubacar Boris Diop ou des responsables politiques tel le Centrafricain Jean-Paul Ngoupandé relaient ces critiques avec force. Les causes de ces jugements souvent sévères sont diverses. Premièrement, la politique migratoire restrictive adoptée par la France à partir des années 1990 choque profondément sur le continent noir. Les Africains, entraînés dans des files d’attente humiliantes et interminables devant les consulats, ont le sentiment d’être traités « comme du bétail ». Ils se sont sentis particulièrement avilis par les lois Pasqua, adoptées en 1993 et jamais remises en cause, qui, notamment, obligent les étudiants à signer un formulaire les engageant à quitter le territoire français immédiatement après l’obtention de leurs diplômes. Les récentes mesures préconisées par le ministre de l’intérieur Nicolas Sarkozy viennent encore renforcer le ressentiment. En outre, la France donne peu d’espoirs de réussite aux jeunes Africains. Lors de leur séjour dans ce pays, ils ont l’impression d’être des parias, se sentent systématiquement soupçonnés d’être des illégaux. Par contraste, les exemples de réussite aux Etats-Unis et au Canada pour des Africains francophones ne manquent pas. Ainsi, l’astrophysicien d’origine malienne Cheikh Modibo Diarra. Diplômé de l’université Pierre-et-Marie-Curie (Paris-VI) puis de l’université Howard (Washington), il est devenu navigateur en chef de la Nasa. Les étudiants francophones s’expatrient donc en masse au Canada et aux Etats-Unis. Ainsi, 35 % des visas DV (*diversity visa*) américains sont octroyés à des Africains, et le Sénégal est le plus grand bénéficiaire, en Afrique francophone, de bourses d’étude pour les Etats-Unis. LECOUTRE, Delphine e KAMBUDZI, Admore Mupoki. **VERS UN DIVORCE ENTRE PARIS ET LE CONTINENT AFRICAIN ? LE MONDE DIPLOMATIQUE**, junho de 2006, Pgs. 6 e 7

Infelizmente o mundo está sendo visto, atualmente, como um sistema de mercados, de economias geradoras de informação, que se contrapõe ao vasto complexo de nações desinformatizadas¹⁷⁵. Tal condição leva a uma desintegração do processo civilizatório ocorrido até os dias de hoje¹⁷⁶, subvertendo os avanços havidos pela desconstrução do paradigma existente.

A migração dos centros produtores dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento demonstra que o fenômeno do capital volátil trouxe um subproduto, que é a fábrica volátil, ou seja, centros produtores que podem ser transferidos, ou mesmo suprimidos de forma instantânea, sem qualquer identidade ou compromisso com as populações locais onde se instalam, nos quais, invariavelmente, à qualquer sombra de aumento de custos, principalmente em relação à mão de obra, os conglomerados industriais e financeiros encerram suas atividades.

O fenômeno do *fordismo* e do *taylorismo*¹⁷⁷ ganhou proporções épicas em níveis nunca sonhados, em escala global, de forma diferenciada e visando unicamente a ampliação de mercados e lucros, subvertendo o Direito, a Nação, o Estado ou qualquer outro valor estabelecido até os dias de hoje.

O surgimento de alguns organismos internacionais de cunho financeiro tem representado notável mecanismo de restrição à soberania nacional de muitas

¹⁷⁵ Roberto Campos, dicionário de globalização

¹⁷⁶ "(...) Em face desses desenvolvimentos futuros, que propiciarão a generalização das prosperidade, a divisão da sociedade em classes econômicas (surgidas como fruto das primeiros acréscimos revolucionários da produtividade do trabalho humano e que só permitia o progresso pela escravização de extensas camadas) tenderá a reduzir-se cada vez mais, até se extinguir completamente. Contra esta tendência, porém, erguer-se-ão com o vigor desesperado da luta pela sobrevivência todos os interesses privatistas, cujos privilégios se assentam na desigualdade social. Supunha-se que este embate se desse de forma catastrófica, a certo nível do amadurecimento da nova economia. RIBEIRO, Darcy. **O PROCESSO CIVILIZATÓRIO: ESTUDOS DE ANTROPOLOGIA DA CIVILIZAÇÃO**. Rio de Janeiro : Editora Civilização Brasileira, 1968, pg. 191

¹⁷⁷ "Como se sabe, para Gramsci o americanismo se baseia numa relação e redistribuição entre lucro, salário e renda profundamente diversa daquela do capitalismo do Ocidente europeu. Os altos salários e a conseqüente expansão da demanda permitem a ampliação de um mercado interno que não mais vê as rendas e o consumo improdutivo numa posição de grande relevo. Com relação ao capitalismo oitocentista e tradicional, baseado na repressão do salário e numa relação orgânica entre lucro e renda, o novo capitalismo americano desloca a renda para uma função marginal e coloca salário-lucro no centro do desenvolvimento econômico. Esta distribuição diferente dos rendimentos tem como base um aumento gigantesco da produtividade do trabalho devido à reorganização dos processos produtivos segundo cadeias de montagem (fordismo) e à definição científica dos tempos, dos movimentos e das funções (taylorismo). Na base, portanto, da moderna configuração social do capitalismo americano, Gramsci vê a transformação técnica do processo de produção, sua racionalização com o enorme aumento da intensidade do trabalho. A produção e a reprodução de uma força de trabalho que participe cada vez menos, com sua consciência e sua personalidade autônoma, no processo de trabalho e que seja, pelo contrário, um componente apenas mecânico e passivo deste processo, estão, de fato, no centro das páginas de Americanismo e fordismo: Taylor [...] expressa com brutal cinismo o objetivo da sociedade americana: desenvolver em seu grau máximo, no trabalhador, os comportamentos maquinais e automáticos, quebrar a velha conexão psicofísica do trabalho profissional qualificado, que exigia uma certa participação ativa da inteligência, da fantasia, da iniciativa do trabalhador, e reduzir as operações produtivas apenas ao aspecto físico maquinal (caderno 22, § 11)". FINELLI, Roberto. **AS CONTRADIÇÕES DA SUBJETIVIDADE: AMERICANISMO E FORDISMO EM ANTONIO GRAMSCI** in **GRAMSCI E O BRASIL**. São Paulo : Editora Cubana, 2006, pg. 12

nações¹⁷⁸. Isso é caracterizado pelo modelo trazido, com o predomínio de serviços, no intenso intercâmbio internacional formulado por oligopólios mundiais, estabelecidos sobre sólidas bases financeiras protegidas por seus países de origem, normalmente atores de peso na política e na economia internacional, que oferecem as condições ideais para uma atuação em escala mundial.

A internacionalização da tecnologia anula o papel do espaço nacional e regional, onde a dinâmica das políticas estatais não tem possibilidade de competir com as respostas do mercado tecnologicamente conectado, capaz de reagir de forma instantânea a qualquer reação legal, mantendo o mundo em constante turbulência econômica.

Problemas locais como a criminalidade, o desemprego, a explosão demográfica, a fome, a especulação imobiliária, meio ambiente, etc, ganham

¹⁷⁸ "Lors des dernières élections, que l'on sache, les partis de la « gauche plurielle » actuellement au pouvoir en France n'ont fait campagne ni pour la privatisation des services de santé, ni pour le démantèlement de l'éducation nationale et des autres services publics, ni pour le brevetage du vivant, ni pour la résurrection de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI). Et pourtant, certaines de ces mesures - qu'aucun gouvernement français, même de droite, n'oserait ouvertement proposer - pourraient bien finalement être prises par le truchement de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce. Cette fameuse OMC dont les agriculteurs du Larzac, en particulier José Bové (lire son article dans Le Monde diplomatique d'octobre), ont récemment fait connaître le sigle à l'opinion... C'est en effet l'OMC qui avait autorisé les Etats-Unis à imposer des droits de douane de 100 %, d'un montant total de près de 700 millions de francs, à certains produits - français, italiens, belges et autres - parmi lesquels le roquefort, et ce en guise de représailles contre le refus de l'Union européenne d'importer de la viande aux hormones américaine. L'OMC est une institution intergouvernementale créée en 1995, et qui a pris la relève de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Gatt). Comprenant plus de 130 Etats membres, mais pas encore la Russie et la Chine, elle a pour unique objectif de supprimer toutes les entraves au commerce mondial. Son postulat est que plus il y aura de commerce, et plus il y aura de croissance et de richesse pour tous. En fait, l'histoire économique démontre exactement le contraire : le libre-échange profite essentiellement aux forts, et il ruine les faibles, comme l'atteste la situation de nombreux pays d'Afrique et d'Amérique latine qui avaient cru à cette chimère idéologique, ou se l'étaient fait imposer. Imperturbables, les Etats-Unis et la Commission européenne proposent néanmoins de mettre à l'ordre du jour de la prochaine conférence de l'OMC, prévue à Seattle à la fin novembre, la « libéralisation » - comme on dit pudiquement - de secteurs qui, dans des pays comme la France, relèvent encore du service public, c'est-à-dire de la solidarité nationale. Ce qui est ainsi programmé - si les citoyens n'y font pas barrage -, c'est un véritable basculement dans un univers où tout deviendra marchandise, y compris le corps humain. Et cela au seul profit des institutions financières et des multinationales, avides de pénétrer des terrains dont elles étaient jusqu'ici exclues, et sans que l'on ait jamais demandé leur opinion aux électeurs. On est très loin, on le voit, de simples considérations de commerce international. A Seattle, ce n'est pas le gouvernement français qui négociera, mais la Commission de Bruxelles, que l'on sait acquise au libre-échangisme le plus débridé. La Commission devra toutefois agir sur la base d'un mandat qui lui sera donné le 11 octobre par les quinze Etats membres de l'Union européenne. Le premier ministre français, M. Lionel Jospin, va donc être très bientôt placé devant une responsabilité historique à l'issue d'une consultation express (mais pas d'un vote) de l'Assemblée nationale, préparée par un rapport de Mme Béatrice Marre, députée socialiste de l'Oise. Ou bien, au nom d'une solidarité européenne mal comprise, il s'inclinera totalement ou partiellement devant les plus ultralibéraux de ses partenaires, emmenés par ces dignes héritiers de Mme Margaret Thatcher que sont les amis du premier ministre britannique Anthony Blair, et il trahira les principes mêmes sur lesquels il a été porté au pouvoir. Ou bien il saura dire catégoriquement « non » à ce qui s'apparente à un viol de la volonté populaire, massivement hostile à l'ultralibéralisme et à la mondialisation financière, comme tous les sondages (notamment celui publié par L'Expansion du 7 octobre), et toutes les élections le prouvent. Au point que M. Alain Madelin lui-même est à la recherche d'un terme de substitution au mot « libéral » qui a mené la liste qu'il conduisait avec M. Nicolas Sarkozy au piteux résultat que l'on sait lors des dernières européennes. Certains objecteront qu'une telle attitude pourrait provoquer une « crise » au sein de l'Union. C'est possible. Elle serait certainement salutaire et, en tout cas, préférable à une crise de civilisation ». CASSEN, Bernard **OUVERTURE DU CYCLE DU MILLÉNAIRE À SEATTLE - OMC, L'ATTENTAT CONTRE LA DEMOCRATIE**. Le Monde Diplomatique, 8 de outubro de 1999, pg. 7

dimensões globais, o que põe em cheque a atuação do Estado e do ordenamento jurídico, que não têm como interferir em realidades fora do seu contexto geográfico, atuando os governos não em função, mas em disfunção.

Há uma constante desvalorização do fator humano nas relações sociais, observada pela redução de postos de trabalho, que traz o aumento da competitividade e resulta sempre na exclusão de alguém no processo produtivo, estimulando toda sorte de conflitos.

O processo de desterritorialização leva ao desmonte das estruturas políticas, sociais, econômicas e jurídicas pela universalização dos valores e das referências.

A construção e a luta por direitos na sociedade globalizada são extremamente dificultadas quando os centros de decisão estão distantes ou isolados, desconectados das realidades locais¹⁷⁹.

¹⁷⁹ «Arrivé à la moitié de son mandat, M. Luiz Inacio «Lula» da Silva ne peut plus compter sur l'appui inconditionnel des mouvements sociaux. Certains d'entre eux, les plus radicaux, s'opposent ouvertement à son gouvernement. D'autres, comme le Mouvement des travailleurs sans terre (MST), adoptent une position critique mais de dialogue, selon les termes du dirigeant le plus connu du MST, M. João Pedro Stedile. D'autres encore, comme la Centrale unique des travailleurs (CUT), récusent la politique économique du gouvernement tout en soutenant, mais de plus en plus timidement, «Lula». Les apparitions successives de M. da Silva au Forum social mondial et au Forum économique de Davos, au début de son mandat, en janvier 2003, ont d'emblée contrarié certains mouvements sociaux qui jugeaient impossible toute forme de médiation entre les deux événements, considérés comme contradictoires. D'autres virent dans ces voyages la volonté d'être présent dans tous les espaces possibles pour mener ce qui serait la priorité de «Lula» comme président et comme dirigeant international : la lutte contre la faim. Cependant, les mesures qui ont suivi ont montré qu'aucune des propositions du Forum social mondial – pourtant qualifié par «Lula», le 24 janvier 2002, devant ses participants enthousiastes, de «réalisation la plus extraordinaire de la société civile mondiale» et de «plus grand événement politique de toute l'histoire de l'humanité»! – n'a été prise en compte par son gouvernement : ni la réglementation du capital financier, ni la suspension du paiement de la dette, ni la protection de l'environnement, le combat contre les organismes génétiquement modifiés (OGM) ou toute autre proposition issue de Porto Alegre. Lorsque les organismes multilatéraux – du Fonds monétaire international (FMI) à la Banque mondiale – louèrent la politique économique du gouvernement, il devint évident que les options de M. da Silva étaient plus proches de la station de ski suisse que de la capitale *gaucha*. Toutefois, le divorce entre le gouvernement issu du Parti des travailleurs (PT) et les mouvements sociaux résulte d'un processus et non d'un infléchissement brutal, même si l'arrivée au pouvoir a accéléré les tendances qui se profilaient ces dernières années. Sans avoir les liens organiques que le Parti travailliste britannique possède avec le mouvement syndical du pays, le PT a toujours eu son expression syndicale dans la CUT, de même que le MST trouvait dans le parti son interlocuteur politique privilégié. A mesure qu'ont été assumées des responsabilités politiques, d'abord au niveau municipal puis au niveau des Etats, et que se sont établies des politiques d'alliance de partis, les instances de direction du PT ont développé une activité proprement politicienne, en fonction des espaces institutionnels occupés. L'élection présidentielle de 1994 a marqué un pas décisif lorsque M. da Silva, largement favori, fut battu par M. Fernando Henrique Cardoso et son plan de stabilisation monétaire. Dès lors, dans sa recherche de moyens pour accéder au pouvoir, le PT a infléchi ses positions. Cette évolution a été mise en évidence par le cas de la dette extérieure : alors que le parti revendiquait la suspension de son paiement comme préalable à une renégociation, il a finalement, durant la campagne électorale de 2002, affirmé qu'il respecterait les engagements pris (et il paye effectivement rubis sur l'ongle depuis le début de son mandat). Les relations avec la CUT ont toujours été très étroites. En revanche, au fil du temps, les hauts responsables du PT se sont montrés de plus en plus mal à l'aise face aux occupations de terres et aux pressions du MST pour obtenir des financements pour les *asentamentos* (occupations). La direction du parti s'est comportée comme s'il s'agissait d'un cousin mal élevé avec lequel elle ne pouvait nier les liens de parenté, mais à qui elle montrait son désaccord concernant son comportement. Il devenait clair qu'elle s'adressait désormais au système, à l'élite, comme si son institutionnalisation était un fait réglé et justifiait la condamnation des actions et des déclarations du MST. M. da Silva n'en a pas moins reçu le soutien des mouvements sociaux pendant sa campagne présidentielle, grâce, notamment, aux déclarations affirmant que «gagner n'avancait à rien si ce n'était pas pour sortir dès le premier jour de la politique de Pedro Malan» – ministre de l'économie de «FHC» (Fernando Henrique Cardoso). Pourtant, dans le même temps, M. da Silva signait un document de compromis intitulé «Lettre aux Brésiliens» où il précisait qu'il ne romprait

Portanto, o processo de globalização implica em uma série de ingerências no âmbito interno de cada sociedade, sem que se possa diretamente atuar sobre esses fatores, debilitando os processos de decisão e construção social, transformando os ideais e os mecanismos democráticos em meros esquemas formais.

O modo de produção está se transformando pela reestruturação do setor produtivo pelas novas imposições por parte do comércio e das relações de trabalho, trazendo o desemprego estrutural, que, combinado com a pobreza crônica, propicia uma sobrecarga do sistema jurídico, que não consegue nivelar tais problemas, mesmo porque as variantes determinantes não estão sob seu poder, uma vez que

aucun des engagements financiers contractés par le pays, cela afin de freiner la fuite des capitaux en cours, conséquence de la possibilité de sa victoire – à tel point que le « risque Brésil » devenait le « risque Lula ». Comment gouverner avec les mains aussi solidement liées ? Ce sont les choix faits dans la composition de l'équipe économique, n'incluant pratiquement aucun économiste du PT ni d'aucun autre secteur de la gauche, mais provenant des groupes libéraux ayant travaillé dans les gouvernements précédents, qui ont donné les premiers signes clairs d'éloignement vis-à-vis de la base populaire. Ancien maire d'une ville très riche de l'intérieur de l'Etat de São Paulo (Ribeirão Preto) et coordonnateur de la campagne électorale, M. Antonio Palocci a été nommé au ministère de l'économie. La présidence de la Banque centrale a échu à M. Henrique Meirelles, ex-président de la banque de Boston, affilié au parti de M. Cardoso. Simultanément, l'annonce fut faite que la politique économique du gouvernement précédent serait maintenue. Néanmoins, le pouvoir continuait à envoyer des signaux contradictoires. D'un côté, il prétendait que cette continuité était due à un « *héritage maudit* » dû au gouvernement précédent. En expert de la profession, M. Palocci affirmait qu'« *on ne change pas de médecin au milieu de la maladie* ». M. da Silva déclarait pour sa part qu'il ne pouvait révéler l'état véritable du pays sous peine de susciter encore plus d'incertitudes. Pour tous, il demeurerait acquis qu'il ne s'agissait que d'un plan de transition pour conquérir la « *confiance du marché* » et, ensuite, pouvoir commencer à baisser les taux d'intérêt, augmentés dès la première réunion de la commission de la Banque centrale. Ainsi reprendrait le développement du pays. Petit à petit, le ton a changé. En rétablissant une balance commerciale excédentaire, dégageant des surplus supérieurs à ceux que demandait le FMI, M. Palocci a présenté ce choix comme permanent, ajoutant que, s'il le pouvait, il maintiendrait cet excédent pendant dix ans. Dans le même temps, il rencontrait M. Cardoso et avouait qu'il agissait en continuité avec la politique du gouvernement précédent. L'élément le plus marquant du changement a été la proposition de réforme des retraites. Selon un modèle correspondant parfaitement à la seconde génération de réformes préconisées par la Banque mondiale, celle-ci a fait en sorte que les retraités paient à nouveau des impôts ; cette proposition a aussi limité les niveaux de retraite des travailleurs du secteur public et ouvert un espace important pour le développement de systèmes de fonds de pension, un « *filet mignon* » pour le système financier. En opposition à ce projet, les plus grosses manifestations organisées depuis le début du gouvernement « Lula » ont regroupé les syndicats des travailleurs du secteur public et reçu l'appui du MST, de la CUT, du mouvement étudiant, de parlementaires du PT et d'autres partis de gauche. L'expulsion de parlementaires par la direction du PT – trois députés fédéraux (João Batista Araújo, João Fontes, Luciana Genro) et une sénatrice (Heloísa Helena) – apparut comme la volonté du parti de punir ceux qui n'obéissaient pas aux nouvelles orientations, quand bien même celles-ci n'auraient pas été adoptées en congrès ou durant la conférence nationale du PT. L'épisode a révélé la préférence du nouveau gouvernement pour les solutions du marché aux dépens du secteur public, « Lula » définissant la réforme des retraites comme « *l'action la plus importante de la première année de son gouvernement* ». Il montrait aussi aux élites que le pouvoir était prêt à agir contre les syndicats du secteur public, secteur que le PT avait jusque-là massivement défendu, et à expulser des parlementaires pour prouver la sincérité de son adhésion à la politique économico-financière du gouvernement Cardoso. Cette continuité a été associée à des politiques sociales compensatrices, localisées, d'urgence, en conformité, une fois encore, avec les recettes de la Banque mondiale. Le programme Faim zéro et ceux qui lui ont succédé n'ont pas comporté de politiques fondées sur les droits universels, mais ont ciblé des zones et des villes d'« *extrême pauvreté* » en recourant à des fiches d'identification des familles les plus démunies. Deux éléments sont ainsi réunis, caractérisant la « *troisième voie* » : le maintien de la stabilité monétaire comme principal objectif et le développement de politiques sociales compensatrices, pendant que, dans le même temps, sont attaquées des conquêtes de l'Etat de bien-être social. L'objectif est de créer un climat propice aux investissements étrangers » SADER, Emir.. **RENDEZ-VOUS MANQUE AVEC LE MOUVEMENT SOCIAL BRÉSILIEN. LE MONDE DIPLOMATIQUE**, janeiro de 2005, pgs. 8 e9

as decisões relevantes não levam em conta os direitos e necessidades da sociedade e que, muitas vezes, são tomadas fora dela¹⁸⁰.

Tais fatores trazem a erosão da estabilidade social, do sistema jurídico, a violação do princípio da separação dos poderes e um retrocesso na construção dos Direitos Sociais.

Infelizmente, a evolução da sociedade não traz como base o modelo de um direito universal como proposto por Kant, mas uma sociedade anárquica, como colocada por Hegel¹⁸¹, onde cada uma buscará o que é melhor para si.

Nesse aspecto, estudando-se as transformações sociais, cumpre lembrar que Hegel utilizou-se da noção de dialética¹⁸² para construir um sistema em torno da história da filosofia, ciência, arte, política e religião, construindo um pensamento abrangente, buscando a análise sistematizada dos contextos históricos.

A dialética de Hegel¹⁸³ é o processo em que o Espírito e a realidade se objetivam através de uma lógica mecanicista, desenvolvida em três momentos: tese, antítese e síntese, que devem ser pensadas de modo unitário, sendo que a contradição existente entre a tese e a antítese leva ao retorno, ao estado inicial, enriquecido pelas mudanças havidas no processo dialético, onde tudo se afirma se nega e se supera, denominado síntese.

Nada ocorre por acaso, mas justifica-se, uma vez que todos os processos são racionais, sendo a racionalidade não como algo abstrato e imaterial, mas como a substância de tudo aquilo que existe, que tem uma profunda razão de ser.

Partindo desta perspectiva, Hegel critica a filosofia quando esta busca compreender as categorias de forma isolada, analisando per si, e estabelecendo

¹⁸⁰ "Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. BOBBIO, Norberto. **A ERA DOS DIREITOS**. Rio de Janeiro : Campus, 1992, pg. 21

¹⁸¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

¹⁸² "A dialética, do ponto de vista de Hegel, explica todo o movimento e toda a mudança, tanto no mundo quanto em nosso pensamento sobre ele. Também explica por que as coisas, assim como os nossos pensamentos, apresentam uma coesão sistemática entre si. Mas a transitoriedade das coisas finitas e a elevação (Erhebung) acima do finito efetuada pelo pensamento dialético no sentido negativo ao poder (Macht) de Deus". INWOOD, Richard. **DICIONÁRIO HEGEL**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editores, 1997, pg. 101

¹⁸³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

que, para haver uma real compreensão é necessário contextualizar com o espírito universal no tempo, tendo os objetos como componente de um organismo, um grupo, que pode ser a família, a sociedade ou o Estado, observando-os processo de transformação cíclica que ocorrem na história, encarregando a filosofia de não imaginar o mundo como deveria ser, mas explicá-lo, uma vez que o real é racional e o racional é real, construindo uma coincidência entre racionalidade e realidade, que se exprime inconscientemente na natureza e conscientemente no homem.

A espiritualidade humana, no pensamento hegeliano, surge no momento em que é ainda uma consciência confusa, puramente subjetiva e pautada pela sensação imediata após o nascimento. Evoluindo, uma vez que está em constante transformação, o homem consegue encarnar-se, objetivar-se sob a forma de civilização, organizando-se em forma de instituições. Neste estágio, o espírito objetivo se realiza no 'mundo da cultura', construindo uma dicotomia com a chamada 'consciência infeliz', nos termos concebidos pelo filósofo. Para ele, aquele que dava as costas para a comunidade na qual havia surgido, e preferia encontrar-se a si mesmo, era louco.

Para Hegel, não era o indivíduo que encontrava a si mesmo, mas o espírito do mundo, mostrando que este retorna a si em três fases: primeira, o espírito do mundo se conscientiza de si mesmo no indivíduo; depois, atinge um nível mais elevado de consciência na família, na sociedade e no Estado e, por fim, atinge a forma mais elevada de auto-conhecimento na razão absoluta.

Portanto, a fenomenologia do espírito¹⁸⁴ é um conceito onde o espírito nunca 'é', mas sim, um 'constante devir', 'vir a ser', que está em permanente transformação. O Espírito se descobre e se afirma claramente na consciência artística e na fé religiosa, para definir-se na Filosofia, na forma de saber absoluto.

O indivíduo torna-se componente de um mundo ético construindo a vontade geral, e não de uma premissa moral, mas da comunidade objetiva de interesses que o movimento da realidade - conceituada de espírito ou razão - produz e impõe aos indivíduos, independentemente da consciência e do desejo deles, embora muitas

¹⁸⁴ "Hegel acredita que o conhecimento não está nitidamente separado de nossas atividades e atitudes práticas, que não é uma realização exclusivamente individual, mas envolve uma variedade de relações interpessoais, que ele, ou o que nós sabemos, não é idêntico de um período histórico para o seguinte, e que o que sabemos em quaisquer épocas histórica depende do que aconteceu em épocas anteriores, tanto no que concerne ao conhecimento quanto em outros aspectos. INWOOD, Richard. **DICIONÁRIO HEGEL**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editores, 1997, pg. 142-143.

vezes se utilize desses ‘instrumentos’ para sua concretização, encarnada no Estado, que, por sua vez, informa ao indivíduo todas as atribuições do organismo.

A força parece triunfar e, efetivamente, triunfa, mas é apenas o símbolo, o sinal visível do Direito, em uma concepção de história do direito que conduz à negação da liberdade individual pela glorificação do fato consumado, à divinização do êxito que é o Estado.

A religião tem um papel representativo por intermédio do mito, sendo o conteúdo da verdade idêntico ao da filosofia - explicar aquilo que a religião mitifica.

Os pressupostos básicos da visão hegeliana do ente chamado Estado, compreendido como a encarnação absoluta do espírito do homem, é a sua concretização, de modo que o pressuposto é que o Estado é o grande ente, devendo o indivíduo atuar de modo a atender as necessidades daquele.

A visão é macroscópica, uma vez que o que interessa é o grande organismo, e como trabalham suas partes no funcionamento do todo. Assim, o Estado representa a idéia; é a substância da qual os cidadãos não são senão acidente; é quem confere os direitos aos indivíduos, mas não para eles, mas para chegar com mais segurança à realização da sua idéia. As lutas entre os povos são procedimentos para a realização da idéia suprema que é o Estado.

Hegel¹⁸⁵ atribuiu uma importância enorme àquilo que chamou de forças objetivas: a família e o Estado. Ele acreditava que o indivíduo era a parte orgânica de uma comunidade e que a razão, ou o espírito do mundo, só se tornavam possíveis na interação das pessoas e afirmava também que o Estado era mais que o cidadão isolado e mais que a soma de todos os cidadãos. Para Hegel era impossível desligar-se da sociedade.

Em sua configuração moderna, o Estado deixava de ter uma natureza puramente guerreira, sendo posto a serviço da razão histórica.

Graças à presença da burocracia, entendida como “classe universal”, tornava-se o insubstituível organizador e planejador da sociedade como um todo, informando e provendo os indivíduos.

Hegel viu-o onipresente, atuando em todas as esferas, quer jurídicas, sociais, culturais ou artísticas. O Estado, antítese do indivíduo, era a consciência máxima da sociedade que governava, era a etapa mais elevada, o cume de onde mais

¹⁸⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

facilmente se descortinava o todo, a totalidade, convergindo para si todos os indivíduos.

A sociedade do Estado transcende a sociedade familiar bem como a sociedade civil - que é o conjunto de interesses econômicos, e se diferencia em classes e corporações.

O Estado transcende estas sociedades, não porque seja um instrumento mais perfeito para a realização dos fins materiais e espirituais da pessoa humana (a qual unicamente tem realidade metafísica), mas porque, segundo Hegel¹⁸⁶, possui um conteúdo metafísico, um valor ético superior ao valor particular e privado das sociedades precedentes devido precisamente à sua maior universalidade e amplitude, isto é, é uma superior objetivação do espírito, segundo a metafísica monista-imanentista de Hegel, daí derivando uma concepção ético-humanista do Estado, denominada por Hegel espírito vivente, razão encarnada, deus terreno.

Buscando uma síntese dialética entre o particular e o universal, entre o indivíduo e o Estado, entre o privado e público, diferenciados e apartados na tradição jus naturalista, para Hegel¹⁸⁷, entre esses dois momentos, caberia inserir a mediação da "sociedade civil".

Com a descoberta dessa mediação, Hegel se capacita a cumprir a tarefa central que propusera para sua filosofia política: a conciliação entre, por um lado, a liberdade individual, surgida na modernidade e transformada no principal valor do liberalismo e, por outro lado, a reconstrução de uma ordem social fundada na prioridade do público (do universal) sobre o privado.

Tal característica, demonstrada de forma intensa nos movimentos totalitários da primeira metade do século XX, onde o totalitarismo se arma da totalidade ética no sentido de unificar a vontade do povo em torno da vontade do Estado, destacando Hegel que, a totalidade ética não é nada mais que a vontade de um povo.

Este modelo, como os acontecimentos da 2ª Guerra Mundial, foi sobejamente combatido, uma vez que se considerava profundamente antidemocrático e restritivo aos direitos fundamentais do homem.

Na realidade, a sua filosofia foi considerada perniciosa por concentrar no ente "Estado" o status de controle social, como se a sociedade se tornasse uma enorme

¹⁸⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

¹⁸⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

colméia de abelhas, onde todos os cidadãos são operários na construção da idéia suprema que é o Estado.

Muito teóricos do pós-guerra chegaram a declarar que este modelo de Estado estaria sepultado e que muito em breve o pensador sequer seria lembrado.

No entanto, após a febre de democratização ocorrida no imediato pós-guerra, começaram a pulular em muitos rincões do mundo, vários regimes de cunho totalitário, seja de matriz marxista ou de matriz capitalista, que possuíam, como elemento comum, a aglutinação da vontade do indivíduo na figura do Estado, assumindo este toda a responsabilidade do controle dos destinos e interesses da nação, tudo em nome do movimento geopolítico conhecido como guerra fria.

O Brasil, já vindo da experiência do Estado Novo de Vargas, passou por breve e tênue democratização para mergulhar, e evoluir, no momento do golpe de 1964, em um endurecimento proporcionado pelo ato de 13 de dezembro de 1968, fundindo-se em um modelo de Estado muito semelhante ao modelo preconizado por Hegel¹⁸⁸, onde o poder constituído moldou as vontades populares, exilando e perseguindo aqueles que com ele não estavam conforme, caracterizado pelo famoso bordão: Brasil - ame ou deixe-o.

Este contexto repetiu-se na maior parte dos países da América Latina dos anos 60 até os anos 80, até que um novo ciclo de redemocratização iniciou-se.

Curiosamente, Hegel¹⁸⁹ em seu pensamento, sempre colocou a preponderância do público sobre o privado, destacando que o Estado, o espírito objetivado é um ente superior, fruto da vontade universal e, portanto irresistível, não podendo o cidadão subtrair-se de, por sua vontade, da injunção estatal, uma vez que aquele visa o interesse geral e não o particular.

Esta fórmula justificou a edição de inúmeras leis e ações, como a famosa lei de segurança nacional, entre outras, onde por delineamentos de determinações universais, a ele, o indivíduo deveria conformar-se.

Hodiernamente este modelo conceitual de Estado construído em Hegel, mesmo após a emergência de uma doutrina da prevalência dos Direitos Humanos nas Américas, mostra-se presente na ação e na configuração política de muitos

¹⁸⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

¹⁸⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

países, como se verifica nas políticas adotadas pelo Governo Norte-Americano¹⁹⁰ e pelos discursos e ações empreendidas pelo novo Governo Boliviano e pelo Governo Chaves na Venezuela, que cunhou o conceito de “Revolução Bolivariana”

Inaugura-se um novo modelo de Estado total, informador das vontades do indivíduo, não para, em um primeiro momento, acachapar os direitos individuais, mas para possibilitar o exercício deles pela emergência para a cidadania do sub-cidadão, o indivíduo que tradicionalmente esteve às margens do sistema sócio-econômico e que agora busca um lugar no contexto social de seu país, como se verifica nas políticas sociais empregadas na Bolívia¹⁹¹.

O questionamento para o futuro reside na possibilidade da evolução destes modelos para democracias genuínas ou para degeneração para ditaduras latino-americanas, como se verificou no Peru de Fujimori, uma vez que a tendência desse modelo aglutinador e uma hipertrofia do poder estatal, já se apresentam de forma bastante visível na Venezuela.

A derrota do candidato de extrema direita Ollanta Humala no Peru, no entanto, demonstra um nítido refluxo na tendência, demonstrando que a América Latina está amadurecendo politicamente, o que certamente trará desdobramentos benéficos para a construção de um modelo político estável e democrático.

A construção de modelo estatal baseado na predominância do interesse público em detrimento do particular é necessária, mas não ao ponto que haja a

¹⁹⁰ Pour la première fois depuis les années 1960, plusieurs gouvernements de gauche – Argentine, Brésil, Uruguay et Venezuela – entendent infléchir le cours de ces « Républiques sans citoyens », marquées par le mépris social et l'exclusion. Même si, avec M. Fidel Castro, le président vénézuélien Hugo Chávez est l'unique président qui prône un modèle de développement s'écarter de manière significative du consensus de Washington. Face à cette contestation les défiant en différents points de l'hémisphère, les Etats-Unis tentent de réagir en renforçant leur axe d'alliés inconditionnels – le Mexique et l'Amérique centrale, les pays andins où, avec la Colombie, l'Equateur de M. Gutiérrez occupait une place-clé (tout comme la Bolivie de M. Sánchez de Lozada). Depuis les années 1990, l'offensive menée par Washington a pris la forme d'accords de libre-échange, commençant par l'Accord de libre-échange nord-américain – Aléna – et avec en point d'orgue la Zone de libre-échange des Amériques (ALCA en espagnol) censée, en janvier 2005, répandre le virus de l'ultralibéralisme sur tout le continent. Ce dernier projet s'est enlisé, confronté qu'il a été à la résistance des mouvements sociaux de la Campagne continentale contre l'ALCA, au refus du Marché commun du Sud – Mercosur –, à la résistance du Venezuela. Pour contourner la difficulté, l'empire signe à la hâte des traités bilatéraux avec l'Amérique centrale et la République dominicaine (Central American Free Trade Agreement – Cafta), l'Equateur, la Colombie et le Pérou. Comme feu la ZLEA, ces traités de libre commerce (TLC) concernent tant les aspects strictement économiques que la gestion étatique, la législation du travail, la propriété intellectuelle, l'environnement, les ressources naturelles et énergétiques, la santé et l'éducation. De pseudo négociations ne permettent aux pays latins que d'introduire quelques amendements, sans aucune concession de Washington sur l'essentiel et au seul bénéfice de ses intérêts. LEMOINE, Maurice. **LIGNES DE FRACTURE EN AMÉRIQUE LATINE**. Le Monde Diplomatique, julho de 2005.

¹⁹¹ “O pluralismo jurídico permite superar a problemática do Estado de direito ao afirmar que o Estado não tem o monopólio da produção do direito oficial. Para o antropólogo, a limitação jurídica do Estado não pode ser oriunda do próprio Estado, por intermédio de um direito cujo domínio ele conserva de todos os modos. No plano interno, ela vem mesmo da sociedade, da qual se deve reconhecer que produz sistemas de direito. Pois, se o direito estatal é o único a existir, o Estado de direito não passa de uma ilusão”. ROULAND, Norbert. **NOS CONFINES DO DIREITO**. tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão : São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 174

preponderância do interesse do Estado em relação ao particular, o que certamente já se mostrou prejudicial para a evolução política e social de uma nação.

No entanto, com o surgimento dos grandes conglomerados econômicos, o modelo de poder baseado no Estado está sendo subvertido em uma nova realidade onde o poder econômico, maior que a significância e o porte financeiro do Estado, traz novos desafios na construção da sociedade complexa concebida de acordo com o modelo luhmaniano, sendo que simplesmente os desdobramentos não permitem a redução da complexidade como outrora concebido, levando à construção de um novo modelo.

Neste contexto, Capra se mostra bastante consistente em buscar compreender a sociedade moderna como um modelo inerentemente complexo, com uma nova dimensão de relações sociais, o que explica o surgimento de algumas respostas à nova sociedade, como a proliferação de modelos de resolução de problemas alternativos, como a arbitragem e a busca por paradigmas diferentes do Estado, como as organizações não governamentais¹⁹².

A redução da complexidade ou mesmo a multiplicação de subsistemas não mais cabe na análise da sociedade moderna, por esta ter quebrado todos os seus paradigmas.

Simplesmente a sociedade busca alternativas para não retornar ao modelo liberal clássico, observando que o papel social do Direito ganha muito mais relevância que outrora, por além de regular a sociedade, combater os paradoxos trazidos pelo processo de globalização¹⁹³.

¹⁹² “Quando procuramos aplicar ao domínio social a nova compreensão da vida, deparamo-nos imediatamente com uma multidão de fenômenos – regras de comportamento, valores, intenções, objetivos, estratégias, projetos relações de poder – que não ocorrem na maior parte do mundo extra-humano, mas são essenciais para a vida social humana. Porém, essas características diversas da realidade social humana. Porém, essas características diversas da realidade social partilham todas de uma característica básica que nos proporciona um vínculo natural com a visão sistêmica da vida. A autoconsciência surgiu na evolução dos nossos antepassados hominídeos, junto com a linguagem, o pensamento conceitual e o mundo social dos relacionamentos organizados e da cultura. Conseqüentemente, a compreensão da consciência reflexiva está inextricavelmente ligada à da linguagem e à do contexto social desta. Mas essa idéia também pode ser considerada sob o ponto de vista inverso: a compreensão da realidade social está inextricavelmente ligada à da consciência reflexiva”. CAPRA, Fritjof. **CONEXÕES OCULTAS – CIÊNCIA PARA UMA VIDA SUSTENTÁVEL** : São Paulo : Editora Cultrix, 2002, pg. 85

¹⁹³ “Um dos legados do positivismo que a sociologia levou consigo em suas primeiras décadas de existência foi a atribuição de enorme importância a uma noção estrita de “causalidade social”, que ligava a teoria social, conceitualmente, à física, e não às ciências biológicas. Emile Durkheim – que ao lado de Max Weber, é considerado um dos pioneiros da sociologia moderna – identificava os “fatos sociais” (certas crenças ou práticas, por exemplo) como as causas dos fenômenos sociais. Muito embora esses fatos sociais sejam evidentemente imateriais, Durkheim insistia em que fossem tratados como objetos materiais. Na opinião dele, os fatos sociais eram causados por outros fatos sociais de maneira análoga ao modo pelo qual operam as forças físicas. CAPRA, Fritjof. **CONEXÕES OCULTAS – CIÊNCIA PARA UMA VIDA SUSTENTÁVEL** : São Paulo : Editora Cultrix, 2002, pg. 88

Busca-se uma alternativa ao processo de supervalorização do componente tecnológico em detrimento do componente humano, devendo cada vez mais o homem buscar resgatar os elementos éticos¹⁹⁴ que pautaram a evolução da humanidade como um todo, sob pena de um processo de degeneração social.

Neste contexto, o papel do ordenamento jurídico é, cada vez mais, não deixar o norte ético social fenecer e ser substituído por um sistema jurídico destinado a tutelar a construção de estruturas econômicas e comerciais em detrimento da justiça social.

¹⁹⁴ Kant, Dignidade Humana.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente sempre é interessante lembrar a máxima de Lavoisier¹⁹⁵, que trouxe entre nós o princípio da conservação da matéria, que em transformação é responsável pelo processo evolutivo que ocorre em todas as coisas.

Esse movimento de transformação transcendeu não somente os modelos químicos, mas também em outros aspectos da vida humana, significando projeções do individual para o coletivo, do político, do social, do nacional ao transnacional ou mesmo supranacional, tendo igualmente repercussões para a evolução do direito enquanto fenômeno ligado ao social, superando os modelos até então existentes.

A nova realidade trouxe a necessidade de uma transformação radical do mundo jurídico, principalmente pela dinâmica da evolução do tecido social, com o fenômeno do deslocamento do poder, a desterritorialização das relações econômicas com as partes profundamente ligadas e interdependentes, e em um plano hegemônico e em um cultural de proporção mundializada.

Como grande efeito, observa-se pela primeira vez o deslocamento da esfera política para a esfera econômica os elementos de poder, enfraquecendo o Estado, até então fiel depositário das liberdades e dos direitos, o que, em muitos aspectos, possibilitou a manutenção de populações inteiras na miséria, na fome, etc.

A configuração social reproduzida está produzindo o efeito de substituir os valores sedimentados na comunidade, e estes subvertidos pelo consumo alienado, o que em muitos aspectos trouxe igual efeito para o Direito.

No entanto, no âmbito internacional é interessante destacar a relevância da luta pelos direitos humanos, pela evolução da democracia e busca incessante da justiça social, a despeito de, em alguns lugares serem, ainda, conceitos abstratos, desvinculados de uma práxis social, o que coloca em descrédito o Direito e o próprio judiciário.

Tais transformações trouxeram a necessidade de reinvenção do próprio sistema jurídico, este influenciado por fatores sociais, trazendo uma nova realidade para o Direito no que tange a sua função e seu espaço enquanto sistema inserido em um organismo social.

¹⁹⁵ “No Universo nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”.

A noção de microcosmo do sujeito, este inserido em um macrocosmo social subverteu o homem e seu papel social, pela multiplicação da complexidade, o que levou ao abandono dos modelos sociais pretéritos até então aplicados.

Capra, em sua obra, alerta que o processo de mudança está em ritmo maior a cada minuto, uma vez que os processos se multiplicam sobre si mesmos de forma contextualizada globalmente, trazendo, como efeito imediato, a negação do patriarcado, a efervescência cultural, apresentando um processo de transição de dimensão planetária, o que não deve ser avaliado de forma negativa, uma vez que é irreversível, mas avaliado e adaptado para que represente mais um passo evolutivo do homem.

No entanto, a despeito das transformações relatadas, o novo convive com o velho, este mantido como resultado da tendência do homem em manter-se aferrado aos seus conceitos mais vetustos.

O campo onde ocorre a cristalização dessas contradições é o Direito, por ser nele que ocorrem as disputas mais intestinas de uma sociedade, trazendo o choque e a contradição que fatalmente ajudam a mover a sociedade.

A despeito da descentralização social resultante da modernidade, com um crescimento não da autonomia do indivíduo, mas de seu isolamento, uma vez que na sociedade moderna o que cresce não é a liberdade do indivíduo, mas os meios de controle sobre ele, observando-se que o mito do Estado mínimo constitui-se em uma falácia, uma vez que se observa que embora o homem continue a lutar por seu espaço na sociedade, o Estado e o ordenamento continuam presentes em sua vida de forma cada vez mais intensa, seja pela crescente seletivização da sociedade, seja pelo controle da informação, o que se dá de forma cada vez mais radical.

Em outros termos, o primeiro sintoma verificado é a mudança do modelo de gestão e regulamentação dos modelos, processos, etc, trazendo a reorganização dos paradigmas e sistemas políticos e econômicos, o que, em termos de sistema, traz um severo processo de readequação, mudando-se as funções dos diversos subsistemas em prol da nova orientação orgânica.

O Direito, neste espírito, ganha a missão de forçar os rincões orgânicos reticentes a acompanhar os novos modelos de forma a propiciar a evolução do conjunto, de forma sempre contextualizada.

Ocorre que, para a ocorrência do processo descrito, o sistema jurídico necessita inclusive reinventar-se, o que implica em uma transformação de modelos e

mentes jurídicas, que na maior parte das vezes não estão prontos para enfrentar a nova realidade, uma realidade plural, fértil no contexto do capitalismo, por uma nova racionalidade e pela junção de vários mundos até então incomunicáveis, fenômeno trazido pela sociedade tecnológica.

No entanto, é ilusão acreditar que haja homogeneização, uma vez que se trata de adicionar elementos novos a uma sociedade ainda em processo de sedimentação de suas bases, o que implica em processos de aculturação, identidade comunitária e econômica, ainda incompletos, o que pode trazer conflitos por uma fragmentação ocasionada por fatores exógenos, o que pode ser acentuado por um modelo de Estado inerte e impotente, por não mais poder exercer a soberania sobre seu território como outrora.

Esse renascimento da soberania surge com os movimentos étnicos que buscam, no contexto de um mundo cada vez mais padronizado, a construção de modelos regionalizados, imbuídos de localismos que proporcionaram e proporcionam vários conflitos de cunho religiosos, econômicos e culturais, fazendo ressurgir, no contexto de uma Europa pacifista, guerras cruentas como a guerra na Iugoslávia, que trouxe novamente o fantasma da perseguição étnica e dos campos de concentração.

Neste contexto, o indivíduo passa a ser instrumento multiplicador do processo de produção, transformando em concorrente de si mesmo, estando sempre insatisfeito, uma vez que está inserido no plano da lógica do consumo alienado, estimulado por uma sociedade tecnologicamente escravizante, criando um modelo de totalitarismo tecnológico.

No entanto, o homem enquanto ser social, tem perfeita capacidade de transmutar e modificar a sua realidade e isso ocorre justamente por obra da complexidade que reside no ser humano, que é algo muito além das representações fetichistas e limitadoras do mundo moderno, que impedem a reflexão e a inquietação, resultantes de um mundo cada vez mais padronizado em modelos aprisionadores do sujeito, que se vê sem alternativas para combater a realidade limitadora da sociedade, ao molde de uma sociedade pautada no modelo *taylorista*, extremamente racionalizada pelo trabalho voltado exclusivamente para o ganho econômico, sem levar em conta as necessidades da personalidade do indivíduo, construindo um equívoco entre idéia de desenvolvimento e crescimento, sendo que o último significa a mudança de *status quo* do indivíduo, com manutenção de seu

equilíbrio, caracterizado por uma mudança positiva em todos os parâmetros indicadores do sujeito.

No entanto, do ponto de vista sistêmico, distanciando-se da visão de Luhmann e rumando para alguns aspectos do pensamento de Capra, observa-se que os organismos vivos e em uma escala maior, a sociedade humana organiza-se em rede, seguindo um padrão comum e global.

Esse pressuposto leva a uma nova compreensão dos fenômenos humanos e toda a intrincada rede de relações que os cercam, podendo ser dividida, essa rede, em diversas dimensões, que necessariamente serão complexas, uma vez que não se pode limitar as possibilidades de evolução de todos em um grupo.

Com ascensão do capitalismo de forma globalizada, proporcionada pela evolução tecnológica acentuada que se experimentou no segundo pós-guerra, trouxe uma radical mudança dos paradigmas de evolução da humanidade, pela súbita e crescente aceleração do processo de evolução do tecido social, apesar de que cumpre ressaltar que tal processo se deu de forma desigual e regionalizada.

Ao mesmo tempo, os movimentos baseados na consciência ecológica ganham relevância em face dos constantes e crescentes efeitos deletérios resultantes de séculos de agressão ao meio ambiente. No entanto, cumpre observar que o sistema econômico ainda capitaneia as relações sociais pela obtenção ao máximo de ganhos econômicos, com precedência sobre todos os outros aspectos da vida humana, o que tem efeito direto sob o sistema jurídico.

O principal efeito disso é o que anteriormente se colocou, um crescimento e evolução do homem de forma desigual, fruto de um sistema que não apóia o sujeito, mas o degenera por atrelá-lo somente a um aspecto de sua existência, que é o econômico.

No entanto, para haver uma real mudança da sociedade, é necessário que haja mecanismos que não tenham o escopo de reduzir a complexidade, mas que possam conviver com ela e mesmo ampará-la, em uma perspectiva de sustentabilidade.

Essa perspectiva no campo do direito obviamente não será construída do nada, mas erigida a partir de um processo de conscientização do indivíduo enquanto

situado no seio social e sabedor de seu papel em uma perspectiva sabiamente construída por Rawls¹⁹⁶ em sua obra.

Por quanto, não se busca, ao contrário de Luhmann, operar o sistema no sentido de reduzir as complexidades, mas preparar o sujeito para aceitá-las, de forma a operar o sistema para beneficiar a sociedade e não formatá-la ou mesmo pasteurizá-la em um modelo que possa interessar a um ou outro grupo social. Ou seja, todas as atividades, ligadas aos negócios, tecnologias, costumes, religião possam coexistir sem implicar necessariamente em esquemas de condicionamento ou dominação.

Neste aspecto, o Direito ganha relevância por ter como função intrínseca garantir o exercício de liberdades dentro da sociedade, inclusive em uma perspectiva de bem comum, inclusive aplicando a noção de emancipação do indivíduo.

A característica da positividade do Direito só é possível na medida em que há aceitação racional desse Direito pelo grupo social, que vai moldar a face das normas jurídicas de acordo com suas próprias peculiaridades e aquelas que, por sua vez, moldarão a sociedade de acordo com os valores fornecidos por ela.

As decisões judiciais não podem carecer de fundamentação, por ser a fundamentação esquema de justificação do uso do monopólio da força pelo grupo social contra um membro seu.

No trabalho que ora se conclui, a teoria dos sistemas foi intimamente analisada em seus elementos de formação e confrontada com correntes tradicionais do pensamento filosófico, observando-se que a construção do Direito como colocada, tem profundos reflexos em sua relação com a sociedade.

O problema em relação à complexidade é que a sociedade é extremamente rica, dinâmica e variada, o que não se pode simplesmente negar por instrumentos redutores de complexidade.

Verifica-se hodiernamente a edição de larga legislação que, em muitos aspectos, possui finalidade “sistêmica”, de “processar” as demandas jurídicas, sem trazer reais soluções, não havendo sequer a possibilidade da ocorrência de algo como “justiça”.

¹⁹⁶ RAWLS, John. **UMA TEORIA DA JUSTIÇA**. São Paulo : Martins Fontes, 1997

Tal fenômeno se dá pelo fato de que o sistema jurídico é obrigado a trabalhar com os efeitos das desigualdades sociais, sem, no entanto, poder lidar com suas causas, onde, havendo uma larga escala de problemas diários, o ordenamento passa a distanciar-se de sua concepção inicial, deixando de solucionar os conflitos intersubjetivos para simplesmente aplicar um mero tratamento processual sem haver qualquer compromisso com uma solução socialmente justa para aquele problema levado ao judiciário.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **ESTADO DE EXCEÇÃO**. São Paulo : Boitempo Editorial, 2005
- ALEXY, Robert. **TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**. São Paulo : Landy Editora, 2001
- ALMEIDA, Paulo Roberto. **OS PRIMEIROS ANOS DO SÉCULO XXI : O BRASIL E AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS CONTEMPORÂNEAS**. São Paulo : Editora Paz e Terra, 2002
- AMIN Samir. **QUEL ALTERMONDIALISME ? LE MONDE DIPLOMATIQUE**. Rio de Janeiro, 2007
- ARENDT, Hannah. **RESPONSABILIDADE E JULGAMENTO**. São Paulo: Companhia das Letras
- ARISTÓTELES DE ESTAGIRA. **A POLÍTICA**. São Paulo : Editora Martin Claret, 2002
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DE DIREITO**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006
- BATESON, Gregory. **STEPS TO AN ECOLOGY OF MIND**, New York, 1972.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **CURSO DE FILOSOFIA ARISTOTÉLICA : LEITURA E INTERPRETAÇÃO DO PENSAMENTO ARISTOTÉLICO**. Barueri : Editora Manole, 2003
- BLACKBURN, Simon. **DICIONÁRIO OXFORD DE FILOSOFIA**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997
- BOBBIO, Norberto. **DICIONÁRIO DE POLÍTICA**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **DIREITO E ESTADO NO PENSAMENTO DE EMANUEL KANT**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1992
- BOBBIO, Norberto. **A ERA DOS DIREITOS**. Rio de Janeiro : Campus, 1992
- BOBBIO, Norberto. **O POSITIVISMO JURÍDICO**. São Paulo : Ícone Editora, 1999
- BOBBIO, Norberto. **TEORIA GERAL DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2007

BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. São Paulo : Malheiros Editores, 2003

BOTELHO, Alexandre. **CURSO DE CIÊNCIA POLÍTICA**. Florianópolis : Obra Jurídica, 2005

CANARIS, Claus-Wilhelm. **PENSAMENTO SISTEMÁTICO E CONCEITO DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**. Coimbra : Coimbra Editora, 2001

CAPRA, Fritjof. **CONEXÕES OCULTAS – CIÊNCIA PARA UMA VIDA SUSTENTÁVEL** : São Paulo : Editora Cultrix, 2002

CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix, 1996.

CAPRA, Fritjof. **PONTO DE MUTAÇÃO**. São Paulo : Editora Pensamento-Cultrix, 1982.

CASSEN, BERNARD. **OUVERTURE DU CYCLE DU MILLÉNAIRE À SEATTLE - OMC, L'ATTENTAT CONTRE LA DEMOCRATIE**. Le Monde Diplomatique, 8 de outubro de 1999.

CAYGILL, Howard. **DICIONÁRIO KANT**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editores, 2000

CELLA, José Renato Gaziero. **TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**. Curitiba : Juruá, 2001

CHAUÍ, Marilena. **PÚBLICO, PRIVADO, DESPOTISMO**. In: NOVAES, Adalto (org.). **ÉTICA**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL : promulgada em 5 de outubro de 1988". São Paulo : Editora Saraiva, 2006

CUNHA, Antônio Geraldo da. **DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO NOVA FRONTEIRA DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1994

DURKHEIM, Émile. **AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO** São Paulo : Martin Claret, 2002

DWORKIN, Ronald. **LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

EHRLICH, Eugen. **FUNDAMENTOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1986

FINELLI, Roberto. **AS CONTRADIÇÕES DA SUBJETIVIDADE: AMERICANISMO E FORDISMO EM ANTONIO GRAMSCI** in **GRAMSCI E O BRASIL**. São Paulo : Editora Cubana, 2006

FOULCAUT, Michel. **MICROFÍSICA DO PODER**. Rio de Janeiro : Graal, 1979

GALEANO, Eduardo. **VEIAS ABERTAS AMÉRICA LATINA**. Rio de Janeiro : Editora Paz e Terra, 2005

GALUPPO, Marcelo Campos. **IGUALDADE E DIFERENÇA: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DO PENSAMENTO DE HABERMAS**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

GILISSEN, John. **INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL : A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E “PROCEDIMENTAL” DA CONSTITUIÇÃO**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

HABERMAS, Jürgen. **THEORIE DES KOMMUNIKATIVEN HANDELNS** [Teoria da ação comunicativa], Vol I, Frankfurt, 1982

HABERMAS, Jürgen. **O DISCURSO FILOSÓFICO DA MODERNIDADE**. São Paulo : Martins Fontes, 2000

HABERMAS, Jürgen. **DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HABERMAS, Jürgen. **A INCLUSÃO DO OUTRO: ESTUDOS DE TEORIA POLÍTICA**. São Paulo: Loyola, 2002

HAKEN, Hermann e SCHIEPEK, Günter **SINERGIA NA PSICOLOGIA – COMPREENSÃO DA AUTO-ORGANIZAÇÃO SYNERGETIK IN DER PSYCHOLOGIE. SELBSTORGANISATION VERSTEHEN UND GESTALTEN**. Berlin : Hogrefe-Verlag, 2005.

HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **PRINCÍPIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

HOBSBAWM, Eric. **A ERA DAS REVOLUÇÕES, EUROPA 1789-1848**, Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1977

INWOOD, Richard. **DICIONÁRIO HEGEL**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editores, 1997

JHERING, Rudolf Von. **A LUTA PELO DIREITO**. São Paulo : Forense, 2002.

KANT, Immanuel. **DOCTRINA DO DIREITO**. São Paulo : Ícone Editora, 1993

KELSEN, Hans. **O PROBLEMA DA JUSTIÇA**. São Paulo : Martins Fontes, 1998

KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO** São Paulo : Martins Fontes, 2000

KELSEN, Hans. **TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO**. São Paulo : Martins Fontes, 1998

KUHN, Thomas S. **A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo : Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. **METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian,

LECOUTRE, Delphine e KAMBUDZI, Admore Mupoki. **VERS UN DIVORCE ENTRE PARIS ET LE CONTINENT AFRICAÎN ? LE MONDE DIPLOMATIQUE**

LEMOINE, Maurice. **LIGNES DE FRACTURE EN AMÉRIQUE LATINE. LE MONDE DIPLOMATIQUE**.

LUHMANN, Niklas. **DIE GESELLSCHAFT DER GESELLSCHAFT** [A sociedade da sociedade], 2 vol, Frankfurt, 1997.

LUHMANN, Niklas. **SOZIALE SYSTEME – GRUNDRISSE EINER ALLGEMEINEN THEORIE** [Sistemas sociais – esboço de uma teoria geral], Frankfurt, 1984

LUHMANN, Niklas. **EL DERECHO DE LA SOCIEDADE**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002

LUHMANN, Niklas. **IL FUTURO DELLA COSTITUZIONE**. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **O ENFOQUE SOCIOLÓGICO DA TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO**. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Revista Enfoque, nº 28, ano 15, junho de 1994

MAUS, Ingeborg. **O JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE: O PAPEL DA ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL NA "SOCIEDADE ÓRFÃ"**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000

MARTINS, Ana Lúcia Bernardes. **FLORIDA VOTE: DIREITO E POLÍTICA NA PERSPECTIVA DO LEGAL REALISM**. In VIEIRA, José Ribas (org.). **TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

MEZZAROBBA, Orides. **INTRODUÇÃO AO DIREITO PARTIDÁRIO BRASILEIRO**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2003

MORIN, Edgar. **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO COMPLEXO**. Porto Alegre : Editora Sulina, 2006

NICOLA, Ubaldo. **ANTOLOGIA ILUSTRADA DE FILOSOFIA – DAS ORIGENS À IDADE MODERNA**. Rio de Janeiro : Editora Globo, 2005

OLIVEIRA, Odete Maria de. **RELAÇÕES INTERNACIONAIS : ESTUDOS DE INTRODUÇÃO**. Curitiba : Juruá, 2002

PALOMBELLA, Gianluigi. **FILOSOFIA DO DIREITO** ; tradução Ivone Benedetti ; São Paulo : Martins Fontes, 2005

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **INTRODUÇÃO ÀS RELAÇÕES INTERNACIONAIS**. Petrópolis : Editora Vozes, 2004

PERELMAN, Chaïm. **RETÓRICAS**. São Paulo : Martins Fontes, 1999

RADBRUCH, Gustav. **FILOSOFIA DO DIREITO**. São Paulo : Martins Fontes, 2004

RAWLS, John. **UMA TEORIA DA JUSTIÇA**. São Paulo : Martins Fontes, 1997

REESE-SCHÄFER. **POLITISCHE THEORIE**. München : Axel Springer Verlag, 2000

RIBEIRO, Darcy. **O PROCESSO CIVILIZATÓRIO: ESTUDOS DE ANTROPOLOGIA DA CIVILIZAÇÃO**. Rio de Janeiro : Editora Civilização Brasileira, 1968

RICUPERO, Rubens. **O BRASIL E O DILEMA DA GLOBALIZAÇÃO**. São Paulo : Editora SENAC, 2001

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **ENSINO DO DIREITO NO BRASIL : DIRETRIZES CURRICULARES E AVALIAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE ENSINO**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2002

RODRIGUES, Léo Peixoto e MENDONÇA, Daniel de. **ERNESTO LACLAU E NIKLAS LUHMANN : PÓS-FUNDACIONISMO, ABORDAGEM SISTÊMICA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2006

ROTHENBURG, Walter Claudius. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

ROUSSEAU, Jean Jacques. **DO CONTRATO SOCIAL : PRINCÍPIOS DO DIREITO POLÍTICO**. São Paulo : Editora CD, 2001

ROULAND, Norbert. **NOS CONFINS DO DIREITO**. tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão : São Paulo : Martins Fontes, 2003

SADER, Emir. **RENDEZ-VOUS MANQUE AVEC LE MOUVEMENT SOCIAL BRESILIEN**. LE MONDE DIPLOMATIQUE, janeiro de 2005

SANTOS, Boaventura de Sousa. **PELA MÃO DE ALICE : O SOCIAL E O POLÍTICO NA PÓS-MODERNIDADE**. São Paulo : Cortez, 2003

SANTOS, Boaventura de Sousa. **RECONHECER PARA LIBERTAR**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003

SCHMITT, Carl. **O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO**. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2006

SCHMITT, Carl. **TEOLOGIA POLÍTICA**. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2006

SKINNER, Quentin. **AS FUNDAÇÕES DO PENSAMENTO POLÍTICO MODERNO**. São Paulo : Companhia das Letras, 1996

SILVA, José Afonso da. **COMENTÁRIO CONTEXTUAL À CONSTITUIÇÃO**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006

TEXTOS RETIRADOS DA INTERNET

http://de.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann, acessado em 11 de novembro de 2006.

<http://www.uni-essen.de/literaturwissenschaft-aktiv/vorlesungen/methoden/luhmann.htm> acessado em 10 de janeiro de 2006.

[www.http://hanskrause.de/HKHPP/hkhpp_03_02.htm](http://www.hanskrause.de/HKHPP/hkhpp_03_02.htm), acessado em 11 de janeiro de 2006.